

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Conflictos de competencia jurisdiccional del Derecho  
Extranjero Aplicable : (Planteamiento Procesal)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Sharif Al-Shaikh Idris**

DIRECTOR:

**Nicolás González-Deleito**

**Madrid, 2015**

TP  
1985  
065

Sharif Al-Shaikh Idris



∞ - 53-378175-1

CONFLICTOS DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL  
DEL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE. (PLANTEAMIENTO PROCESAL)

Departamento de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
1985



Colección Tesis Doctorales. Nº

65/85

© Sharif Al-Shaikh Idris  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 28015 Madrid  
Madrid, 1985  
Xerox 9400 X 721  
Depósito Legal: M-12834-1985

Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Derecho  
(Departamento de Derecho Procesal)

CONFLICTOS  
DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL  
DEL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE  
  
(Planteamiento Procesal)

DIRIGIDO POR  
  
El Profesor Doctor D. Nicolás  
González-Deleito

- TESIS -  
  
que para optar al grado de  
Doctor en Derecho

PRESENTA  
  
SHARIF AL-SHAikh IDRIS

Madrid, Mayo 1983





## I N D I C E .

INDICE.....	X
ABREVIATURAS .....	XII
INTRODUCCION .....	2
PROGRAMATICA .....	10
FUENTES BIBLIOGRAFICAS .....	13

### PRIMERA PARTE

#### EL TRATAMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO CIVIL

CAPITULO I.- LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA JURIDICAL Y EL PROBLEMA DE LA DESIGNACION DE LA - NORMA CONFLICTUAL DEL DERECHO INTERNA-- CIONAL PRIVADO .....	15
Nociones Conceptuales y Metodológicas .....	16
SECCION I.- Problemática Conflictual y Presupuestos Procesales (17). Conflictos de Jurisdicciones (20).- La competencia Jurisdiccional Internacional de los - Tribunales Españoles (27). La Ley Aplicable a la De- terminación de la Existencia del Fuero; la Especiali- dad del Fuero del Domicilio (32). La Competencia Ju- risdiccional Internacional de los Jueces Españoles - en los Convenios Internacionales Firmados por España (35).....	37
SECCION II.- El problema de la Designación de la nor- ma Conflictual del Derecho Internacional Privado. No- ciones Conceptuales y Metodológicas (38). Plantea- -	

## II

miento del Conflicto (39). La "Cuestión" Preliminar (42). El Problema de las Calificaciones (45). La Teoría del Reenvío y la Aplicación del Derecho Extranjero. Conceptos Fundamentales (47). Designación de la norma Aplicable (48). La "Coordinación de Soluciones (49).....	50
--	----

CAPITULO II.- EL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDEN PROCESAL.....	51
---	----

Nociones Conceptuales y Metodológicas .....	52
---	----

SECCION III.- La Moderna Tendencia Evolutiva Entendida en el Sentido de la Equiparación del Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero al del Derecho Nacional (55). El Problema del Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero como Problema de Derecho Positivo. (56). Planteamiento General. Desarrollo (56). El Derecho Extranjero en el Orden Procesal (58). El Papel Desempeñado por el Juez en la Aplicación del Derecho Extranjero. Planteamiento General (61). El Principio de la Soberanía de las Partes y su Efecto sobre el Poder del Juez en Aplicar el Derecho Extranjero (63).	65
---	----

SECCION IV.- Transcendencia Procesal de los Argumentos según los cuales, el Juez no está Obligado a aplicar de Oficio el Derecho Extranjero. Concepto (66). 1. El Pretexto Basado en la Naturaleza del Derecho Extranjero (67). Consideración del Criterio de Hecho del Derecho Extranjero (68). La Separación entre la Naturaleza del Derecho Extranjero y su Tratamiento Procesal (71). Los Argumentos de Procedimiento (71). El Alcance de la Restricción del Poder del Juez en la Aplicación del Derecho Extranjero por la Soberanía de las Partes en el Proceso (74). La relación entre la Norma de Conexión y el Orden Público (76)....	76
---	----

SECCION V.- La Norma de Conexión no se Considera de Orden Público si indica la Competencia del Derecho Extranjero (77). Observaciones Críticas (77). La Norma de Conexión es de Orden Público en los Casos en que se mantenga, si mantiene este Carácter también en el Derecho Interno (82). La Filosofía de la Legislación afirma el Carácter Obligatorio de las Normas de Conexión en todos los Casos (84). El Carácter Imperativo de la norma de Conexión no impide que las Partes excluyan el Derecho Extranjero en algunos Supuestos (85). El Tribunal de Casación de Egipto ha examinado el Problema de manera accidental (87) ....	91
---	----

### III

SECCION VI.- Reglas que Prohiben al Juez cambiar el Contenido de la Demanda y el Efecto de ésta sobre el Poder del mismo en la Aplicación del Derecho Extranjero (92). La Regla de Prohibir al Juez el cambio del Contenido de la Demanda no supone un Obstáculo real en su Poder de aplicar el Derecho Extranjero (92). El Deber de Ampliar la Noción del Contenido de la Demanda como Respuesta a las Consideraciones Internacionales (94). La Regla que Prohibe al Juez cambiar la Causa de la Demanda y su efecto sobre su Poder en la Aplicación del Derecho Extranjero (97). La Regla que Prohibe al Juez cambiar la Causa, no forma una Restricción real sobre su Poder en la Aplicación del Derecho Extranjero (97). El Efecto Indirecto de la Regla, que prohíbe al Juez cambiar la Causa sobre su Poder en la Aplicación del Derecho Extranjero (100). La Obligación del Juez a respetar los Derechos de las Partes en la Defensa y su Alcance sobre su Poder en la Aplicación del Derecho Extranjero (100). La importancia de respetar los Derechos de la Defensa al aplicar las Leyes Extranjeras (100). Síntesis: Razones de la Diferencia entre las Soluciones Positivas en Egipto y Francia (103)..... 106

CAPITULO III.- LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO EN FRANCIA Y EGIPTO..... 107

Planteamiento General..... 109

SECCION VII.- La Problemática de la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero (110). El Papel del Juez y las Partes en la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero (115). El Papel de las Partes en la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero (116). ¿Quién debe probar el Derecho Extranjero? (116) La Parte que alegue la Diferencia entre el Contenido del Derecho Extranjero y la Normativa del Derecho Patrio se encarga de la Prueba (118). La Prueba es Carga del Demandante del Derecho Reclamado (121). La Prueba es Carga de la Parte que invoca el Derecho Extranjero. La Actitud de la Mayoría de los Tribunales Franceses (127). La Actitud de la Mayoría de los Tribunales en Francia contra el Hecho de que el Tratamiento del Derecho Extranjero concuerda con el Tratamiento de los Hechos (128). La Actitud en el Derecho Positivo Egipcio (131). el Verdadero Papel de las Partes en la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero conforme a los Principios Generales (134).. 135

#### IV

SECCION VIII.- El Papel del Juez en la Búsqueda del Derecho Extranjero (136). El Derecho del Juez en la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero (137). El Derecho Extranjero y los Derechos Comunes (138). Examen Crítico (140). Una Evaluación de la Posición de los Tribunales Franceses en Facultar al Juez el Derecho de aplicar la Ley Extranjera sin que Este esté obligado a hacerlo (145). La Obligación del Juez de buscar el Contenido del Derecho Extranjero (147). El Principio "JURA NOVIT CURIA" y el Alcance de ser Aplicable a las Leyes Extranjeras (148). La Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero es una Obligación del Juez con la Colaboración de las Partes (153). Los Límites de la Obligación del Juez en la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero (156).....

159

SECCION IX.- Los Métodos de la Búsqueda del Contenido del Derecho Extranjero y los Medios Factibles para Conocerlo (160). Planteamiento (160). Los Métodos de la Búsqueda del Contenido Extranjero (161). La Distinción entre los Métodos de la Búsqueda del Derecho Extranjero y los Métodos de la Probación de los Hechos (161). Acudir a la Pericia para revelar el Contenido del Derecho Extranjero no se Contrasta con la Naturaleza Jurídica de Este (169). Los Límites de Restricción del Juez por la Opinión del Perito (170). - La Pericia Escrita y el Principio de respetar a los Derechos de la Defensa de las Partes (172). Los Preceptos del Derecho Extranjero o una Traducción de los mismos (174). Los Ensayos de la Doctrina (175). La Jurisprudencia (178). Los Medios que posibilitan el Conocimiento del Derecho Extranjero (180). A. Los Medios Propuestos en el Ambito Interno (182). B. Los Medios Propuestos en el Ambito Internacional (184)..

185

SECCION X.- La Solución que ha de seguir ante la Imposibilidad de llegar al Contenido del Derecho Extranjero (186). Plan de este Capítulo (187). Rechazar la Demanda (189). La Determinación del Ambito de la Teoría (189). La Valoración de la Teoría (193). La Fundamentación de la Teoría del Rechazo de la Demanda (196). La Aplicación de los Principios Generales Dominantes en los Estados Civilizados (200). El Contenido de la Teoría (200). La Evaluación de la Teoría (202). La Aplicación de la Ley que sus Normas se aproximan más a una Ley que ha sido imposible revelar su Contenido (203). El Contenido de la Teoría (203). Evaluación de la Teoría (203). La Aplicación de la Ley del Juez (206). Planteamiento (206). El Fundamento de la Aplicación de la Ley del Juez (208). La Teoría de la Suposición en la Doctrina Inglesa (208).

La Competencia General para la Ley del Juez (209). La Competencia Accesorio de la Ley del Juez (213). Las Restricciones que impiden la Aplicación de la Ley del Juez (215).....	221
---	-----

CAPITULO IV.- LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LOS SISTEMAS DE ESPAÑA, ITALIA E INGLATERRA .....	222
---	-----

Planteamiento General .....	224
-----------------------------	-----

SECCION XI.- Concepción del Derecho Extranjero Aplicable en el Ordenamiento Jurídico Español. Consideraciones Generales (225). La Naturaleza Jurídica del Derecho Extranjero en la Problemática y en la Práctica Jurisprudencial Española (227). ¿El Derecho Extranjero es un Hecho o un Derecho? (231). Planteamiento Jurisdiccional (232). Los Problemas Procesales Derivados de la Aplicación del Derecho Material Extranjero en el Proceso Español (235). La Actividad del Organismo Encargado de la Aplicación del Derecho Extranjero (237). La Consideración Procesal de Hecho y, por tanto, Necesidad de Prueba del Derecho Extranjero (239). Jurisprudencia Española en cuanto a la Naturaleza de la Ley Extranjera (242). Régimen de Alegación y Prueba del Derecho Extranjero en el Proceso Civil Español. A. La Alegación del Derecho Extranjero (244). El Momento Procesal Oportuno para la Alegación del Derecho Extranjero (247). B. La Prueba del Derecho Extranjero (249). La Carga de la Prueba del Derecho Extranjero y el Momento Procesal para practicarla (250). La Aplicación de la Ley Extranjera en la Jurisprudencia Española. Presupuestos Procesales (256). Desarrollo (256). Criterios Legales y Justificaciones prácticas en la Jurisprudencia Española (262). Hacia una Nueva Orientación en la Reforma del Título Preliminar del Código Civil Español (265). - Los Peculiares Problemas que plantea el Artículo 12.6º del Código Civil. Antecedentes sobre la Elaboración de la Norma (266). Valoración Crítica de la Norma Contenida en el Artículo 12.6º del Código Civil (268). El Sentido de "Instrumentos de Averiguaciones" (271). Hacia una Cooperación Internacional (273)....	274
---	-----

SECCION XII.- Concepción del Derecho Extranjero Aplicable en el Ordenamiento Jurídico Italiano (275). La "Solución Italiana" del Problema del Reconocimiento en el Interior de la Autoridad del Legislador Extranjero. Concepto y Planteamiento General (275). Caren-	
---	--

## VI

cia en el Derecho Positivo Italiano de Normas de Al- cance General acerca del Tratamiento Procesal del De- recho Extranjero: Indicación de las Normas de Alcan- ce Especial (275). En la Búsqueda de Criterios de Tra- tamiento del Derecho Extranjero y la Presunta Natura- leza de "Hecho" o de "Derecho" de la Norma Extranje- ra a que se remite (277). Las Reglas Positivas del - Tratamiento Procesal de los Elementos de Hecho y los de Derecho (280). La Carga de Alegación (281). Los - Poderes de Iniciativa Probatoria ("Disponibilidad de las Partes") (283). El Efecto de un Acuerdo entre - las Partes de una Falta de Contestación (285). La - Eficacia de los Medios de Prueba Legal y los Límites de Admisibilidad de los Medios de Prueba (286). Los Hechos Notorios (287).....	238
---	-----

SECCION XIII.- Concepción del Derecho Extranjero Apli-  
cable en el Ordenamiento Jurídico Inglés. Plantea-  
miento General (289). El Derecho Extranjero es Dere-  
cho (291). El Problema de la Prueba del Derecho Ex-  
tranjero en el Sistema Inglés (292). ¿Qué sucede si  
no se averigua el Derecho Extranjero? (294).

## SEGUNDA PARTE

### LA INTERPRETACION DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL CONTROL DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Plan Metodológico .....	299
CAPITULO V.- LA INTERPRETACION DEL DERECHO EXTRANJE- RO.....	302
Planteamiento General .....	304

SECCION XIV.- Competencia Legislativa y Competencia  
Jurisdiccional. Valor Preceptivo de las Normas sobre  
la Interpretación. Concepto (305). Desarrollo (309).  
La Posible Influencia de los Conceptos Nacionales de  
Derecho en la Interpretación de las Leyes Internacio-  
nales (312). Alcance de la Distinción entre el Papel  
del Juez cuando interpreta la Ley Extranjera y el que  
tiene cuando interpreta la Ley nacional (314). La Fi-  
losofía de la Legislación exige la Limitación del -  
Juez por la Interpretación Judicial Preponderante en

## VII

el Estado en que El aplica su Ley (314). La Obligación del Juez de someterse a la Interpretación Dominante en el Extranjero no niega la Naturaleza Jurídica de ese Derecho Extranjero (321). La Adopción de Soluciones Judiciales Extranjeras dictadas para la Interpretación del Derecho Aplicable responde al Poder Real de la Jurisdicción para formar sus Normas (327). La Jurisprudencia Estable se considera como Fuente de la Norma Jurídica (328). La Jurisprudencia Estable se considera -al menos- como una Fuente Interpretativa Importante (331). El Alcance de la Obligación del Juez de adaptar la Interpretación de los Tribunales Extranjeros de los Preceptos Unificados con Conformidad de Tratados Internacionales (334). La Divergencia tanto en la Jurisdicción Nacional como en la Extranjera sobre la Interpretación del Derecho Aplicable (340).....

341

SECCION XV.- El Papel del Juez en la Interpretación del Derecho Extranjero. Planteamiento (343). El Papel del Juez al producirse una Variación en la Jurisdicción Extranjera sobre la Interpretación de la Norma Aplicable o al no haberla examinado Originariamente. A. El Papel del Juez al variarse la Jurisdicción Extranjera sobre la Interpretación de la Norma Aplicable (344). B. El Papel del Juez en los Casos en que la Jurisprudencia Extranjera nunca se haya ocupado de la Interpretación de la Norma Aplicable (346). - B.1. Los Límites del Juez en interpretar el Derecho Extranjero por los Principios Generales Dominantes en el Estado en que se aplica su Ley (347). B.2. El Alcance de la Restricción de las Facultades del Juez en la Interpretación de las Disposiciones de las Autoridades Administrativas Extranjeras respecto a la Norma Aplicable (350). B.3. El Papel del Juez cuando se silencia el Derecho Extranjero en su Conjunto, para dar una Expresa Solución al Conflicto (352). B.4. La Vuelta a los Principios Generales que incluye el Derecho Extranjero en su Conjunto (355). C. La Importancia del Papel del Perito y su Colaboración con el Juez al Interpretar las Leyes Extranjeras (357). C.1. El Perito, al prestar Ayuda para la Interpretación de la Norma Extranjera, no niega a Esta su Carácter Jurídico (359). C.2. Los Límites del Poder del Perito en la Interpretación de la Norma Extranjera; La Diferencia entre Interpretación y Aplicación (360)..

361

SECCION XVI.- Alcance de la Distinción entre el papel del Juez cuando interpreta la Ley Extranjera y el que tiene cuando interpreta la Ley Nacional (364). La Técnica de la Función Judicial empleada en la Inter-



## VIII

pretación del Derecho Extranjero (365). La Interpretación es la Primera Función del Juez. Diferencias - en Torno al Punto de Relevancia para el Tratamiento Interpretativo (369). Los Problemas que plantea la - Aplicación de las Reglas Inglesas de Interpretación (370). El Método Continental de Interpretación (372). El Sentido que debe buscar la Interpretación (376).. 378

CAPITULO VII.- EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DE-  
RECHO EXTRANJERO ..... 379

Plan de Este Capítulo ..... 382

SECCION XVII.- El Recurso de Casación como Medio de Control de la Legalidad del Derecho Extranjero. Plan teamiento General (383). El Tratamiento en Casación del Derecho Extranjero (384). La Regulación del Re- curso Casacional en el Sistema Inglés. Errores con - respecto al Derecho Extranjero en los Tribunales Su- premos (385). La Regulación del Recurso Casacional - en Francia (387). La Regulación del Recurso Casacio- nal en el Ordenamiento Jurídico Italiano (389). Res- pecto del Juicio de Casación (389). Las Soluciones - Jurisdiccionales del Recurso de Casación ante la Cor- te di Cassazione (393). Hacia una nueva Orientación Jurisprudencial de la Corte de Casación Italiana - (398). El Criterio de "Colaboración" de las Partes - con el Juez y el Recurso de Casación en Italia (398). Valoración de la nueva Orientación Jurisprudencial y el Principio del Control de la Legalidad del Derecho Extranjero (401). Examen Crítico (403). La Regula- ción del Recurso de Casación en el Ordenamiento Jurí- dico Español. Planteamiento General (404). El Proble- ma de la Infracción del Derecho Extranjero Designado como Aplicable (406). Desarrollo (407). A. El Recur- so Casacional por Infracción de la Ley Material Ex- tranjera (409). B. El Recurso en Casación de las Re- glas Conflictuales (413)..... 416

SECCION XVIII.- El Tratamiento Constitucional del De- recho Extranjero. Planteamiento General (417). El Pa- pel del Juez al comprobar la Legalidad del Derecho - Extranjero Aplicable (418). La Necesidad de volver a los Principios Vigentes en el Extranjero para esti- mar el Alcance de la Legalidad de la Norma Aplicable (419). El Planteamiento de la Inconstitucionalidad - del Derecho Extranjero Aplicable. El Auxilio Juris- diccional (423). Pretensión Procesal Constitucional (425). El Papel del Juez en el Control de la Consti-

## IX

tucionalidad del Derecho Extranjero. La Competencia de Plena Jurisdicción (247). La Afirmación del Derecho del Juez (en el Control de la Forma) (428). El - Papel del Juez en el Control de la Constitucionalidad de la Ley Extranjera (Control de Fondo) (429). - A. De Conformidad con qué Constitución estima el Juez el Alcance de la Constitucionalidad del Derecho Extranjero (430). B. Los Límites del Poder del Juez en el Control de la Constitucionalidad del Derecho Extranjero (430). El Ordenamiento Extranjero permite a los Tribunales Judiciales Ordinarios el Control de la Constitucionalidad de Leyes (431). El Ordenamiento Extranjero faculta el Derecho del Control de la Constitucionalidad con un Poder Especial (432). La Discordancia del Derecho Extranjero con las Disposiciones de un Convenio Celebrado entre el Estado en el que el Juez aplique su Ley y otro Estado Extranjero (433). El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado. Concepto. (434). El Tratamiento de la Inconstitucionalidad de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Anglo-Americano. Conceptos Fundamentales (436). El Control Constitucional en el Sistema Inglés (437). El Control Constitucional en el Sistema Americano (438). La Jurisdicción del Tribunal Supremo (439). La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes (440). El Tratamiento de la Inconstitucionalidad de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Italiano. Conceptos Fundamentales (442). El Control Constitucional en el Sistema Italiano (443). Los Tratados Internacionales y la Constitución Italiana (445). El Tratamiento de la Inconstitucionalidad de las Leyes en el Ordenamiento Francés. Consideraciones Generales (447). La Corte de Casación Francesa (448). El Consejo Constitucional (449). Los Tratados Internacionales y la Constitución Francesa (450). El Tratamiento de la Inconstitucionalidad de las Leyes en el Ordenamiento Español. Consideraciones Generales (452). Constitucionalidad de la Jurisprudencia (453). El Derecho Constitucional como Derecho Regulador de Conflictos de Jerarquía Normativa (456). Los Tratados Internacionales en el Derecho Interno Español. Planteamiento General (461). Desarrollo (461).....	466
---	-----

CAPITULO VII.- IMPEDIMENTOS PARA LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.....	467
--	-----

Plan de Este Capítulo .....	469
-----------------------------	-----

SECCION XIX.- Excepción del Orden Público Internacional. Concepto (470). El Valor Jurídico de la Noción	
---	--

del Orden Público (471). Definición y Características (472). La Noción del Orden Público y el Conflicto de Leyes (473). El Difícil Control de la Noción del Orden Público y los Límites del Poder del Juez en su Determinación (474). La Diferencia entre el Papel Público en el Derecho Interno y en el Campo del Conflicto de Leyes (475). El Orden Público Interno y el Orden Público Internacional. Concepto (478). Orden Público Absoluto, opuesto a Orden Público Relativo (480). Orden Público Internacional (480). Juicio Crítico de Niboyet (481). Orden Público Absoluto - (482). La Nueva Corriente hacia un Reconocimiento de un Orden Público Internacional en algunos Aspectos - (483). Los Efectos del Orden Público. Consideraciones Generales (485). El Efecto Atenuado del Orden Público en cuanto a los Derechos Adquiridos en el Extranjero (487). El Reflejo Reflexivo del Orden Público (490).....

492

SECCION XX.- La Teoría del Fraude a la Ley. Nociones Generales y Problemas que Plantea (493). El Fraude en el Derecho Internacional Privado (494). El Fraude a la Ley como Remedio Excepcional, Sancionador de Todas las Leyes Imperativas (496). El Rechazo de la Noción que niega todo Efecto del Fraude a la Ley en el Ambito del Conflicto de Leyes (497). Los Requisitos del Fraude a la Ley. Nociones Generales (501). El Cambio debe ser Legítimo (505). El Fundamento Jurídico de la Teoría del Fraude a la Ley (509). 1 El Fraude a la Ley es una de las Aplicaciones de la Teoría del Abuso del Derecho (509). 2 El Fraude a la Ley es una de las Aplicaciones del Orden Público (512). Similitud y Diferencia en la Doctrina de Yanguas (513). La Relación entre la Noción del Orden Público y la del Fraude a la Ley, en la Doctrina de Niboyet (514). 1. El Aspecto Jurídico (516). 2. El Aspecto de Hecho (516). La Exclusión de la Ley Extranjera en Ambos casos (516). Se debe reconocer una Naturaleza propia a la Teoría del Fraude a la Ley (517). Los Efectos Jurídicos del Fraude a la Ley. Concepto (518).....

519

CONCLUSIONES.....

528

BIBLIOGRAFIA.....

548

XI

ABREVIATURAS

A.C.	Law Reports Appeal Cases (1891 y 55).
Am. J.	American Journal of International Law.
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law, 1952 (U.S.A.)
A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International.
A.D.I.	Anuario de Derecho Internacional (España).
Aranz.	Aranzadi.
Beav.	Beavan's Reports Rolls Court. 1838-66.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
Bull. CE.	Bulletin des Communautés Européennes.
Cass.	Tribunal de Casación.
Cass. Civ.	Sala de lo Civil.
Cass. Soc.	Sala de lo Social.
C.c.	Código Civil de los diversos países.
Col. Leg.	Colección Legislativa de España.
C.E.	Consejo de Estado.
Clunet	Journal de Droit International.
D.	Recueil Dalloz.
D.c.	Recueil Critique Dalloz.
D.I.P.	Derecho Internacional Privado (en español, francés e italiano).
D. Hebd.	Recueil Hebdomadaire Dalloz.
Doc. fr.	Documentation française
Dow a Ry N.P.	Dowlin and Rayland's King's Bench. Nisi Prius Reports, 1821-27.
Esp.	Espinasse's Nisi Prius Reports. 1793-1807.

## XII

Gaz. o G.M.	GAceta de Madrid.
Gaz. Pal.	GAzette du Palais.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
J.C.P.	Juris-Classeurs Periodique (semaine juridique).
Jurisp. Comp.	Jurisprudenza Comparativa di Diritto Internazionale Privato.
J.T.	Journal des Tribunaux.
Min. Públ.	Ministerio Público.
Revue	Revenue Critique de D.I.P.
Rev. Belge	Revue Belge de Droit International.
Rev. Crit.	Revue Critique de Droit International
Rev. D.P.	Revue de Droit Public.
Rev. I.	Revue de Droit International.
Rev. L.	Revue de Droit International et Legislation Comparée.
Rev. Trim. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
R.E.D.I.	Revista Española de Derecho Internacional.
Recueil des Cours	Recueil de Cours de l'Academie de Droit International.
Rev. D.P.	Revista de Derecho Privado (España).
Repertoire	La Pradelle et Niboyet, Paris, 1929-1931 y 1934.
Riv.	Rivista di Diritto Internazionale.
S.	Recueil Sirey.
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo.
Travaux	Comité Français de Droit International Privé, Travaux, 1934 (Francia).

## I N T R O D U C C I O N

## INTRODUCCION

El Derecho internacional privado, como conjunto de reglas internas e internacionales que regulan el tráfico privado internacional, es la rama del Derecho en la que el contacto con sistemas jurídicos extranjeros es su razón de ser. Por ello, por el manejo que se tiene que hacer de reglas de Derecho extranejras, y por el proceso de someter ciertos hechos a categorías de "LEX FORI" o de algún Derecho extranjero, requiere, en mayor o menor medida, el uso del método comparativo para su estudio y desarrollo.

Pues bien, ¿En qué casos será competente o incompetente un Tribunal nacional? Las reglas de competencia JUDICIAL, contenidas en los diversos códigos de procedimientos civiles, varían de un país a otro. De aquí nacen conflictos cuya solución se impone con tanto más motivo cuanto que son mucho más frecuentes que los demás conflictos a causa del papel que desempeña el juez en la determinación de la ley aplicable.

Ya que la aplicación en un determinado país de una ley extranjera plantea el problema de saber cómo puede reconocérsele autoridad en ese país a un legislador extranjero. Este problema está ligado a los de saber cómo será conocida esa ley y de acuerdo con que directivas será interpretada.

O sea, se plantea el problema de la necesidad de conocer e interpretar la ley extranjera designada como aplicable por la norma de conflicto, ya que el juez está obligado a aplicarla por mandato de su propio legislador, y ello requiere previo conocimiento y adecuada interpretación.

De una parte, la jurisdicción como función pública - encomendada a órganos del Estado, encaminada a la realización del Derecho, ya que como es sabido, la jurisdicción - constituye un poder que en su actuación supone el juicio - sobre un conflicto concreto de intereses y la ejecución - del mandato contenido en la sentencia que lo resuelve.

La jurisdicción, en el Estado moderno, corresponde a órganos específicos de carácter público, cuya potestad se deriva de las normas constitucionales precisas que establecen la base fundamental de la Administración de Justicia - en cada país. Por tanto, la jurisdicción se diferencia de la competencia en que aquélla es el género y ésta la especie.

Definida la jurisdicción como del poder del juez, la competencia se define como la medida de este poder.

Para que un juez o Tribunal tengan competencia para conocer de un determinado asunto se precisa que, hallándose éste dentro de la órbita de su jurisdicción, la ley le reserve su conocimiento, con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado. Un Juez o Tribunal pueden tener jurisdicción y carecer de competencia. La competencia, por el contrario, no puede existir sin la jurisdicción.

La determinación de la competencia puede fundarse en un criterio objetivo, territorial o funcional.

El criterio objetivo toma como base el valor de lo litigado o la materia. La competencia por razón de la función responde a que si bien el Juez o Tribunal objetiva y territorialmente competente resuelve por lo general todo el proceso.



Por otra parte, entre las funciones fundamentales - del Estado estpa la de administrar justicia, mediante la - organización del poder judicial, que fija a los Tribunales su competenica.

Desde 1877, en una sesión de Derecho inter. privado en Zurich, se adoptó la proposición de Asser, de que todas las formas ordenatorias de la instrucción y del procedi- - miento, desde la citación y emplazamiento, hasta la caduci- dad de la instancia, deberán someterse a la ley del lugar en que el litigio se entable.

Cada país organiza sus procedimientos de modo distin- to y por ello es inaõmisible que otras competencias se in- troduzcan en un ordenamiento jurídico haciéndolo ininteli- gible y provocando la confución.

El Profesor Sánchez de Bustamante explica que "el - verdadero motivo de la territorialidad de las leyes proce- sales se encuentra en el orden público internacional".

Por eso, sin excepción alguna, cada país no aplica - ni puede aplicar más que sus propias leyes procesales. El ámbito territorial es el campo de acción de la competencia, "ratione loci", por lo que cae de lleno en el orden públi- co internacional.

El tema "Conflictos de competencia jurisdiccional - del Derecho extranjero aplicable" es, evidentemente, una - de las materias claves del Derecho Procesal civil interna- cional. Sin embargo, por su trascendencia y alcance puede considerársele como uno más de los problemas técnicos de - la aplicación de la norma de conflicto, el modo del reen- vío, calificaciones, etc.

Las normas de conflicto, contienen en la disposición un elemento específico: "punto de conexión" que oficia de clave para determinar el Derecho privado nacional con que debe ser regulada la relación extranacional, o sea, designa en todo caso, el Derecho privado que ha de regular la relación.

Para regular una relación con dichas normas, hay que saber en primer lugar cuál de todas ellas es la que debe regular. Y para saberlo es preciso ver si la relación "entra" dentro de la categoría de tal norma o dentro de la categoría de tal otro. Esta operación se llama "calificación" y sirve para individualizar la norma de Derecho privado internacional aplicable al caso. La importancia de la calificación se revela teniendo presente que de ella depende el Derecho privado que ha de regular la relación.

Cabe destacar que los jurisconsultos del Derecho internacional privado desde hace mucho tiempo, han estudiado el problema de la condición del Derecho extranjero, no sólo como corolario de su efectividad en la práctica, sino como punto de contraste para la elaboración teórica.

Cuando la norma de "conexión" declara competente un determinado Derecho extranjero, se provoca el interrogante si el juez está obligado a aplicarlo de oficio, o son las partes las que tienen que sostener su aplicación. Y si el juez ha de abordar o no la norma de "conexión" de oficio y si las partes han sostenido su aplicación, y el juez debe en este caso abordar la búsqueda del contenido del Derecho extranjero aplicable o son las partes las que deben comprobar su normativa.

También cabe preguntarse, si en el caso en que excede en la interpretación del Derecho extranjero ¿podrá el Tribunal Supremo imponer su control con el objeto de unifi

car la interpretación del Derecho extrnajero o este tipo - de control excede su jurisdicción o supera su competencia?

La doctrinal tradicional, al examinar esta problemática, se ha concentrado mucho sobre la naturaleza jurídica del Derecho extrnajero y si el Derecho extranjero, ¿es hecho o derecho?, ¿intervienen sus normas con las del Derecho nacional o al contrario se mantiene su condición como Derecho extranjero?.

Si admitimos que el Derecho extranjero conserva su - naturaleza jurídica, entonces el juez debe aplicarlo de - oficio y se supone, por lo tanto, el conocimiento de su normativa igual que el Derecho nacional.

Así pues, nuestro estudio se concentra básicamente - sobre el tratamiento que reciban las leyes extranjeras en el proceso civil ante la "LEX FORI" para ver si este tratamiento concuerda con el tratamiento en la legislación nacional - o al contrario - si coincide con el tratamiento - de los hechos o, finalmente, se mantiene de un carácter especial que lo distingue de los dos elementos tradicionales del proceso, o sea el hecho de una parte y el derecho de - otra.

Pues bien, el trabajo se centraliza más bien sobre - la parte procesal del problema, ya que no sirve de nada el reconocimiento de un derecho su no lo acompaña un reconocimiento de medios procesales que garanticen su recuperación.

¿De qué sirve reconocer a los extranjeros sus estatutos personales de acuerdo con sus respectivas leyes personales si las normas de Derecho procesal del foro impiden - una aplicabilidad a esas leyes?.

De aquí viene la última vinculación, a nuestro modo - de entender, de la problemática de la aplicación del Derecho extranjero y el Derecho procesal civil internacional, además de su vinculación al Derecho internacional privado.

De otra parte no cabe duda que el conocimiento del - contenido de la norma jurídica material extranjera por sí sólo no basta para poder aplicarla a los supuestos del proceso, ya que el juez deberá abordar la interpretación de - la misma antes de proceder a aplicarla.

Pues bien, la interpretación de la ley extranjera en el proceso civil suscita nacionalmente, el interrogante de si el juez nacional debe, al interpretar esa ley, emplear los medios de interpretación utilizados en su Estado (el - Estado del juez , o si - por el contrario - ha de ceñirse a las soluciones judiciales extranjeras y a los principios generales ya establecidos en el lugar de origen de la ley.

Ahora bien, si este último criterio es el más conforme con la filosofía aplicada por el legislador nacional - cuando dispone la admisión del Derecho extranjero y acepta la aplicación de las normas del Derecho internacional privado, ¿supondría éste una diferencia en el papel del juez al interpretar su ley y la proveniente del Derecho extranjero?.

O, ¿conserva el juez la libertad de interpretar el - Derecho extranjero de la misma forma que lo hace con el - propio, pudiendo en todo caso establecerse una diferencia de grado?.

Asimismo, los puntos de "conexión" pueden indicar la aplicación de una determinada ley extranjera. Antes de abordar su interpretación al juez se le plantea la cuestión de determinar si la responde a los criterios de forma y fondo

de las exigencias constitucionales, y por lo tanto será necesario examinar el alcance de la facultad del juez para ejercer ese control constitucional y establecer los principios a los que deberá ajustarse.

Por último, es frecuente que el juez descubra que la aplicación del Derecho extranjero competente, reclamado por la norma de "conexión", choca con los principios esenciales predominantes en su Estado; será entonces buen motivo excluir las normativas de ese Derecho y aplicar la ley nacional en nombre del orden público.

Puede suceder también que el juez se percate, dadas las circunstancias y acontecimientos del proceso, de que los litigantes han intentado cambiar intencionadamente las normas de colisión para eludir la normativa de la ley competente. La jurisprudencia moderna reafirma el derecho del juez a impedir este posible fraude de las partes, aplicando la teoría del fraude a la ley, lo que quiere decir que el juez se abstendrá de aplicar la ley a la que acudieron las partes con la intención de que se aplicase su normativa fraudulentamente y recurrirá a la aplicación de la ley competente y pertinente - desde el principio - en el conflicto en cuestión.

9

PROGAMATICA

### PROGRAMATICA

Dadas las características especialísimas que hacen - del conflicto de la competencia judicial internacional de la aplicación del Derecho extranjero una institución de tipo universal en la civilización moderna, y la proyección - que ha tenido en razón de fundamentos, desarrollo y amplitud en el Derecho contemporáneo, es preciso, a mi entender - para lograr el tema en forma orgánica - exponer un sistema integral abordando así la posición particular del mismo en el Derecho comparado, tratar el presente trabajo partiendo del tratamiento procesal que reciba el Derecho extranjero declarado competente, para seguir su desenvolvimiento en el Derecho moderno y contemporáneo en los países occidentales, dar el fundamento sobre el que reposa, tratar de establecer el concepto, desarrollarlo con la exposición, crítica y resultados de la doctrina y jurisprudencia, para llegar finalmente a la teoría y conclusiones personales.

Pues bien, la divergencia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los distintos ordenamientos jurídicos del Continente da origen al problema de nuestra disciplina, puesto que las legislaciones de los distintos países que deben garantizar a los individuos y a la colectividad la consecuencia de sus fines son distintas porque se originan en maneras y costumbres diferentes que son propias de cada pueblo.

De ahí la aplicación del Derecho extranjero está en íntima vinculación con las cuestiones básicas de la teoría del Derecho internacional privado - competencia jurisdiccional, tratamiento procesal - al mismo tiempo que, junto

con otras disciplinas, constituye la piedra angular de su realización práctica, de la efectividad de las normas conflictuales del Derecho positivo.

Nuestra investigación de "Conflictos de Competencia Jurisdiccional del Derecho Extranjero Aplicable", la hemos procurado dividir en dos partes bien diferenciadas y fundamentales: la primera meramente expositiva de la trascendencia del problema, bajo sus distintos aspectos, la eficacia de las normas de conflicto, la búsqueda de su contenido, - enfocándolos todos ellos con una actitud lo más objetiva - posible que permita demostrar palpablemente que nuestro tema no peca de extemporáneo ni de inoportuno.

La segunda parte, escrita con un carácter más técnico y subsumido dentro del campo del Derecho internacional privado comparado, viene a constituir un detallado estudio doctrino-jurisprudencial de los problemas que plantea el - conflicto de la competencia jurisdiccional del Derecho extranjero aplicable a través del planteamiento procesal de nuestra disciplina en los distintos ordenamientos jurídicos, y siguiendo la misma sistemática que desarrollamos en la parte primera.

Si hemos incluido como objeto de nuestra labor el - examen crítico de algunos criterios que se enfrentan con - alguna de las posibilidades derivadas de la aplicación del Derecho extranjero, no ha sido precisamente por un deseo - de enjuiciamiento de la labor doctrinal o legislativa - para lo que no nos consideramos capacitados - sino para la - verificación del logro de nuestro propósito de contribuir a resolver, con los recursos que nos ofrece actualmente la principal fuente de conocimiento del Derecho sustantivo extranjero vigente, cuantos conflictos puedan presentarse sobre su aplicación.



42

F U E N T E S      B I B L I O G R A F I C A S

12

#### FUENTES BIBLIOGRAFICAS

La bibliografía consultada, si bien no exhaustiva, - si por lo menos cuantiosa, hemos procurado compendiarla en un índice alfabético de autores que exponemos, como apéndice de nuestra labor, con todas las referencias sobre obras y autores que han tratado el tema de la aplicación del Derecho extranjero desde distintos campos. y si bien tales - no son pocos, lo cierto es que hasta la fecha es difícil - encontrarlos agrupados, aunque sea sólo en parte, en un mismo índice o reseña.

Por ello, esta labor la consideramos sumamente interesante y práctica especialmente para los futuros estudios sobre el mismo tema, aunque debemos hacer cosntar que conocemos la existencia de obras monográficas que no pudimos - manejar y por otro, que hemos consultado parcialmente varias obras que por bisar integralmente conceptos de autores ya citados, no hemos creído útil reseñar.

Analizando someramente este índice, se aprecia que - el tema de "Conflictos de Competencia Jurisdiccional del - Derecho Extranjero Aplicable" en algunos puntos, aunque - sea parcial y brevemente, ha sido tratado desde varios y - muy distintos ángulos.

13

P R I M E R A      P A R T E

=====

El tratamiento del Derecho Extranjero en el

Proceso Civil

CAPITULO I

Los conflictos de competencia judicial  
y el problema de la designación de la  
norma conflictual del Derecho Interna-  
cional Privado

Nociones conceptuales y metodológicas:

El tratamiento correcto del tema del presente estudio impone ciertas puntualizaciones previas.

Por un lado, vienen estas determinadas por la "dimensión interna" de la materia; en este sentido, en cuanto institución de derecho interno ó Estatal, el "derecho extranjero" debe contemplarse en dos vertientes: procesal y sustantiva.

Pero, por definición, la problemática del "Derecho Extranjero" en el proceso civil que estudiamos surge precisamente al "internacionalizarse" aquel, así, al convertirse en cuestión plurinacional, el tratamiento procesal del mismo se constituye en "quaestio juris" de derecho internacional privado.

Por otro lado, y como consecuencia de esta internacionalización, el "Derecho Extranjero", en su "dimensión internacional" suscita una amplia serie de cuestiones, encajables en dos grandes rúbricas: la primera, referente a los conflictos de jurisdicciones, nos importa fundamentalmente porque en ella queda localizada específicamente el objeto de nuestro trabajo; la segunda, relativa a la regla de conflicto, nos es necesaria para completar y vestir a aquel. La sección I. del presente capítulo lo tratará de dar una visión sintética de una y otra especie conflictual..

SECCION IProblemática conflictual y presupuestos procesales.-

El Estado reglamenta la conducta de los individuos - a través de unas normas que determinan sus derechos y obligaciones y que constituyen la ley sustantiva o material, en sentido estricto.

Pero, para hacer respetar estas normas materiales, dicta otras "normas complementarias" con las que se da eficacia a la ley se protege el derecho concreto del particular, las cuales son normas adjetivas o formales, también - en sentido estricto.

Así, el Estado cubre una función legislativa y otra de carácter judicial.

Como consecuencia señala GUASP: "el proceso(...) de un lado sirve al derecho en cuanto contribuye a realizar las finalidades que el ordenamiento jurídico, genéricamente considerado, se propone por otro lado es servido por el derecho en cuanto que el ordenamiento jurídico regula - los problemas a que la existencia del proceso da lugar"(1).

---

(1) Vease! H. Guasp, Derecho Procesal civil, Madrid, 2a. ed. 1961, P. 31

Una de las manifestaciones de la función jurisdiccional es la civil, por medio de la cual el Estado "protege el orden jurídico privado, definiendo en cada caso el derecho de los particulares"(2). Así, traduce en una voluntad concreta, la voluntad abstracta de la ley, siendo el proceso una construcción de carácter secundario (3). Esta función jurisdiccional civil puede organizarse de diferentes maneras, y según la forma y rasgos de tal organización, aparecían distintos sistemas o tipos de proceso civil con sus características propias, que sumariamente vamos a ver, haciendo con ello un ligero estudio de derecho comparado procesal civil.

Prescindiendo de los tres tipos históricos de proceso civil (el romano, el germánico y el romano-canónico), - en la actualidad podemos distinguir los siguientes sistemas:

PRIMERO: El Romano. Consideramos como proceso tipo al italiano que se caracteriza por la distinción de dos - fases en el proceso, la primera de instrucción y la segunda de decisión, junto el proceso común, aparecen otros procesos de tipo especial, para dar agilidad a la actuación judicial; tiene un claro sentido publicístico y en él se equilibran los principios inquisitivo y dispositivo. En este grupo hay que incluir el sistema francés aunque advirtiendo que tiene claras y decididas influencias germánicas; busca la sencillez, es predominantemente oral y sin sujetarse a

---

(2) Vease: L. Prieto - Castro, Manual de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1.959, Tomo I, pág. I.

(3) Sobre carácter y naturaleza del Proceso: Ver M. Plaza Derecho procesal civil español, Madrid, 1.942, Vol. I. Págs. 8 y sigs; E.G. Orbaneja y V. Harce Quemada, Derecho Procesal, Madrid, 1.946, Vol. I, P. I. Pedro - Aragonés, Proceso y Derecho procesal, Madrid, 1.960, págs. 156 y sigs.

etapas preclusivas, dá cada vez mayor intervención al juez. Este sistema ha sido seguido también por Bélgica, Holanda, Grecia, Egipto y otros países .

SEGUNDO: El GERMANICO. Conserva algunas de las características del derecho antiguo, pero aparece hoy con - caracteres propios; podemos considerar como tipo al sistema alemán, que se distingue por la oralidad, publicidad, concentración y apartamiento de la preclusividad como regla; el juez tiene gran intervención en el proceso, y para facilitar su función se establecen procesos especiales y se da celeridad a las actuaciones procesales. En este grupo hay - que incluir al sistema austriaco, aunque es más perfecto - que el alemán, y lo siguen, en general, los países nórdicos, algunos centroeuropeos y el Japón fundamentalmente.

TERCERO: El INGLES. Este sistema, como todo lo inglés, tiene un sello bien peculiar y se caracteriza porque la elaboración de las normas procesales se hace por los - propios tribunales que tienen facultades delegadas en este sentido; el proceso tiene una etapa preparatoria y otra - principal, dominando el principio dispositivo y de impulso de las partes, aunque los poderes del juez son amplísimos, ya que buscando fundamentalmente la verdad, es preciso que tenga gran comunicación con las partes.

CUARTO: El ESPAÑOL. La actual legislación sobre procedimiento civil en España (Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1.881) se caracteriza por recoger, a - través de la Ley de 1.855, toda la lenta pesadez del antiguo proceso español, formado por aportaciones romanas y - germanas, reelaboradas con incidencias de los procedimientos canónicos; los poderes del juez son amplios, en detri-



mento de las partes; junto al proceso común, en sus varios tipos, aparecen numerosos procesos especiales, siendo en general, morosa la tramitación. En este sistema hay que incluir, salvo contadas excepciones, a los países iberoamericanos en la ley española vigente ó en la anterior de 1.855. (4).

Conflictos de Jurisdicciones:

Por principio, el derecho procesal es de carácter público y tiene una neta "proyección territorial". "El carácter público de la norma que regula la actividad de un organismo del Estado, determina que, ordinariamente, el régimen de los actos procesales, se someta al imperio de la ley nacional, en patente contraste con las normas de derecho material, en que es posible la aplicación de una ley extranjera en el territorio del Estado que, en razón del asiendo de la relación jurídica, lleva a cabo esa aplicación" (5).

Pero, como con razón dice Miaja, "más exactamente puesto que el concepto de territorialidad es equívoco, en materia procesal es siempre aplicable la ley del foro" (6)

---

(4) Vease: L. Prieto-Castro, ob. cit. págs. 44 y sigs.  
M. de la Plaza, ob. cit. págs. 51 y sigs.;  
Pedro Aragoneses, ob. cit. pág. 309.

(5) Vease: M. de la Plaza, ob. cit. pág. 30.

(6) Vease: A. Mieja de la Muela, Derecho Internacional - Privado, Madrid, 1963, 3a. ed. T. II, pag. 430

Y añade PECOURT: "territorialidad, exclusividad y unilateralidad son, en definitiva, los tres caracteres fundamentales de las normas determinantes de la competencia judicial internacional" (7). La territorialidad, pues, es un concepto esencial del derecho procesal.

La competencia judicial reviste a veces un carácter internacional, no a causa de las autoridades que la ejercen, sino a causa de las relaciones jurídicas que son objeto del litigio. La competencia de que tratamos aquí, no se refiere a "ratione material" ni a "ratione personal", sino a la actividad de la jurisdicción de los tribunales civiles en general. Y puede decirse que el orden público hace necesaria la intervención del juez de un país, incluso en los casos no previstos, si es indispensable para la protección de los intereses legítimos que tienen cierto lazo con el país y que de otra manera no hubieran podido ser protegidos en forma adecuada y conveniente (8).

"Las normas de derecho estatal externo que tienen, por su objeto, el carácter de normas de derecho procesal - civil, constituyen el derecho procesal civil internacional", dice Morelli (9). Y es que todo conflicto de leyes materiales lleva anejo un conflicto de leyes jurisdiccionales, y sería dejar cojo al derecho internacional privado amputarle este segundo problema.

---

(7) Vease: E. Pecourt. La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional, "R.E.D.I", XVII, n° I, pág. 65.

(8) Vease: Fragistas, La Compétence internationale en droit Privé, Recueil de Cour , 1961, t. 104, Vol. III, Págs. 165, 167 y 175.

(9) Vease: Morelli, Derecho procesal civil internacional, Buenos Aires, 1953, pág. 2

Materia de este derecho procesal civil internacional es también la calificación de lo que son normas materiales y normas procesales, y la distinción de lo que es fondo y forma en una relación jurídica (10). Igualmente entran en el marco de este derecho los problemas de valor y ejecución de sentencias extranjeras. En cambio, quedan excluidas las reglas procedimentales de los organismos judiciales internacionales.

La regla general es que la competencia territorial se determina por las normas procesales internas de cada - tribunales y siempre sobre la base de un punto de conexión produciendo el resultado de una declaración de competencia ó incompetencia, por parte del propio tribunal que decide.

De la existencia de distintos sistemas procesales internos, que ya hemos esbozado anteriormente, surgen, como es natural, distintos SISTEMAS PROCESALES CONFLICTUALES, distintos sistemas procesales de derecho internacional privado. Y así, a cada derecho procesal interno (con sus propias reglas de competencia para las cuestiones sin elemento extranjero) corresponde un derecho procesal internacional - (que tiene sus reglas peculiares para resolver las cuestiones en que aparece un elemento extranjero, o que aplica, por extensión, las reglas internas de competencia).

"La norma procesal civil rige, en principio, en todo el territorio nacional (...) y no rige, también en principio, fuera del territorio nacional".(11)

---

(10) Vease: Fragistas, ob. cit. pág. 185

(11) Vease: J. Guasp, ob. cit. pág. 61

En todos estos sistemas hay que partir de la base de que "la competencia internacional de un Estado puede a sus propios ojos diferir de la jurisdicción interna; generalmente es más estrecha (12).

Finalmente, y antes de entrar en el estudio concreto de los distintos sistemas, habrá que advertir, con BATIFFOL, que "estas disposiciones no constituyen reglas de conflicto de leyes, en el sentido de que ellas no determinan la ley que fija la competencia jurisdiccional, sino que la fijan ellas mismas; son, pues, reglas sustanciales" (13).

Si tenemos en cuenta las clasificaciones hechas por GUTTERIDGE (14) y por FRAGISTAS (15), aparece como mas clara la distinción de los siguientes sistemas:

PRIMERO; Sistema romano o latino. Es el que siguen, fundamentalmente, Francia, Italia y Grecia. El nudo de la competencia está en el hecho, cuando de competencia internacional se trata, de que se toma por base la nacionalidad del demandado.

El Artículo 15 del Código Civil francés establece que un francés podrá comparecer ante un tribunal francés por obligaciones contraídas por él, en país extranjero,

---

(12) Vease E. Dove, Derecho Internacional, Barcelona 1947  
Pág. 54

(13) Vease; H. Batiffol, Traité Elementaire de Droit International Privé, Paris, 1959, pág. 749.

(14) Vease: Gutteridge, Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles, Recueil des Cours, 1933, t. III, vol. 44, págs. III y sigs.

(15) Fragista, ob. cit., págs. 205 y sigs.

incluso con un extranjero. El Código Civil italiano de 1940, en el único artículo que dedica a la competencia internacional, trata solo de los procesos contra extranjeros por lo que ante el silencio de la ley respecto a los nacionales, se viene considerando en los tribunales italianos que ellos son competentes internacionalmente, siempre que el demandado sea un súbdito italiano.

En cuanto a Grecia, a pesar de que el nuevo Código Civil de 1940 y la Ley de Introducción de 1941 establece - que los extranjeros están sometidos a la jurisdicción de los tribunales griegos y que pueden comparecer en justicia, como demandantes o como demandados, se sigue aplicando la - regla, que establecía el Código de Procedimiento de 1834, de que los tribunales griegos son competentes siempre que - se intenta una demanda contra un griego.

Este sistema, pues basa la competencia en la conexión-nacionalidad.

SEGUNDO: Sistema Germánico. Se sigue principalmente en Alemania, Austria y Portugal. La regla general es que - la competencia internacional se determina por las mismas - reglas que la competencia interna. La nacionalidad, en - principio, no juega ningún papel, pero a través de la aplicación de las reglas internas de competencia se llega, en muchos casos, a una verdadera discriminación. Es característico en Alemania la existencia de criterios de competencia a base de conexiones reales, concretamente, a base del - fuero del patrimonio, en virtud del cual puede ser competente un tribunal alemán, aunque el demandado no esté allí domiciliado, si tiene bienes en el territorio del tribunal.

En Austria se sigue un sistema análogo al alemán incluso con esta especial competencia patrimonial.

En Portugal no existe el fuero del patrimonio, ni en muchos casos, la existencia de un domicilio en el territorio del tribunal, bastando una simple residencia. Este es el sistema que llamariamos mixto, pues establece varias conexiones, de forma que se aplican unas u otras sin que ninguna sea principal, o se acude a un criterio acumulativo.

TERCERO: Sistema Angloamericano. Principalmente se sigue en Inglaterra y en Estados Unidos. Los tribunales ingleses son competentes en los procesos intentados contra personas que al empezar el procedimiento se hallan en territorio inglés, es decir, que se exige la sola presencia física del demandado, para poder hacer la correspondiente notificación. Por tanto, como regla general, basta que el tribunal pueda ejercer, en el momento en que se interpone la acción, su poder sobre el demandado, salvo determinado número de casos, en que los tribunales ingleses pueden asumir la jurisdicción sobre un demandado ausente, en base a otras conexiones. También se reconoce el acuerdo de las partes, sometiéndose a la competencia de determinado tribunal (16).

En Estados Unidos el problema de la competencia es muy complicado; existen los tribunales federales, cuya competencia se determina por el derecho federal, y los tribunales estatales que aplican sus propias reglas; se determina la competencia, en unos casos por la presencia física en el territorio del tribunal, en otros, en base a la LEX REI SITAE, y finalmente, la noción de la nacionalidad también en muchos casos, juega un importante papel (17). Este es el

---

(16) Vease: M. Wolff, Derecho Inter. Privado, Barcelona - 1958, pág. 60.

(17) A. Tunc y S. Tunc. El Derecho de los Estados Unidos de América, México, 1.957, págs. 31 y sigs. y 85 y sigs.; José Julio Santa Pinter, Sistema del Derecho Anglosajón, Depalma, Buenos Aires, 1956, págs. 139 y sigs.

sistema que en atención a ser la conexión a la que más - frecuentemente se recurre, podríamos denominar como de - competencia basada en la conexión -residencia-.

CUARTO: Sistema Suizo. La competencia internacional determinada en la Constitución Federal de 1.874 se establece sobre la base de que, para las reclamaciones personales, el deudor solvente que tiene su domicilio en Suiza, puede - ser citado ante el juez de su domicilio y sus bienes - no pueden, en consecuencia, ser embargados o secuestrados - fuera del cantón donde esté domiciliado, en virtud de reclamaciones personales.

Este sistema es el que, con toda propiedad, podemos llamar de la competencia a base de la conexión -domicilio.

QUINTO: Sistema Egipcio. Este sistema de notable - importancia para nuestro estudio, dada la incidencia que - presenta, tiene como características principales las siguientes: en primer lugar, las normas que determinan la - competencia interna son aplicables para determinar la competencia en los casos en que parezca un elemento extranjero (arts. 28 a 35 de la Ley de Procedimiento Procesal - Civil y Mercantil de 1.968); en segundo lugar, la conexión a que normalmente se recurre en primer término es el domicilio, sustituido, en caso de falta de domicilio, por la - residencia, y en su defecto, por el lugar donde se halle físicamente el demandado. Prescindiendo de los problemas que presenta la interpretación de estas reglas, diremos, simplemente, que la competencia puede, en principio, prorrogarse por sumisión expresa ó tácita de las partes (Art. 32 de dicho cuerpo legal).

SEXTO: Sistema Español.- Este sistema, dada la incidencia que presenta, como hemos anticipado ya, sobre los sistemas procesales internacionales iberoamericanos, tiene como características principales las siguientes:

La competencia jurisdiccional internacional de -  
los tribunales españoles.-

La problemática de la regulación de competencia judicial internacional de los tribunales españoles gira en torno a la interpretación y alcance de dos disposiciones clave:

Los Artículos 51 y 7) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ambos proyección, respectivamente de los Artículos 267 y 319 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 16 de Septiembre de 1.870.

En virtud del Artículo 51 LEC: "La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros".

Con este solo texto, parece declararse la competencia general de la jurisdicción ordinaria española para entender en todo tipo de litigios, por el solo hecho de la presentación de la demanda, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes.

Pues bien, la determinación de qué asunto, entre los que materialmente son de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, pueden ser conocidos por éstos con exclusión ó separación de los órganos jurisdic-



cionales extranjeros, tiene que venir dada por la aplicación de criterios legales, exclusivamente españoles.

Es este un punto de partida que no admite discusión y que claramente viene impuesto por el Artículo 8,2 del Código Civil Español.

"Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España."

Este, no hace sino recoger un principio general de tipo procesal por el que se expresa que el proceso siempre se regula por la LEX FORI. En tal sentido, se puede afirmar que la determinación de la competencia jurisdiccional internacional se debe resolver conforme a las leyes procesales.

Por otro lado, recientes doctrinas españolas mantienen, sin embargo, que el Art. 51 no constituye la regla de atribución de la competencia judicial internacional, sino que simplemente señala la exclusiva idoneidad de la jurisdicción ordinaria española, aún en los procesos con elementos extranjeros. Se apoya esta postura en la interpretación del término "negocios civiles" del artículo 51, lo que ciertamente, se refiere a las relaciones jurídicas procesales, a los procesos, que se suscitan en España. (18)

(18) Véase: José Luís Iglesias Buigues. Competencia Judicial reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la C.E.E. y en Derecho Español. Madrid, 1977, pág. 91. Cons. también E. Pecourt García: Una institución singular en la historia del Derecho Internacional Privado Español: el "Fuero de Extranjero". Estudios de D.I. Público y Privado. Libro Homenaje al Prof. L. Sela Sampil. Universidad de Oviedo, 1975, T. II, pág. 9)2 y sigs.

En efecto, la doctrina española de Derecho Internacional Privado se ha incorporado en los últimos años a una línea de creciente atención a los aspectos procesales del Derecho Internacional Privado (19).

Así las soluciones a los problemas concretos están por lo menos tan determinadas por los aspectos procesales como lo puedan estar por los mecanismos del conflicto de leyes.

Desde esta perspectiva, el Prof. Puente Egido, comenta que "el valor del escaso medio centener de decisiones en las que el T.S. ha resuelto aspectos de la competencia internacional civil es bastante mayor del que podría hacer sosprechar la simple consideración numérica: valor que realza, por otra parte, la relativa situación de anónima en la que encuentra el juez civil español en materia de competencia internacional (20).

---

(19) Véase: Decourt, las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español. Anuario de Derecho Internacional, Vol. II, pág. 195 y sig. Carrillo Salcedo, Derecho Internacional Privado, 2a. edición, Madrid, 1976. Gonzalez Campos, Les Liens entre la Competence Judiciaire et la Competence Legislative en Droit International Privé, Rec. des Cours, 1.976, Vol. IV. Mijangos de la Muela, sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial, REDI, 1.968, págs. 733 y sig.

(20) Véase: H. Oyebte Egudim Derecho Internacional Privado Español, Doctrina Legal del Tribunal Supremo - Barcelona, 1981, pág. 926.

Probablemente la única vez que el legislador español afrontó en términos de cierta generalidad el problema de la competencia internacional de los tribunales civiles españoles fue en el R.D. de extranjería el 17 de Noviembre de 1.852(21).

El antecedente del Proyecto de Código Civil de 1.851, así como el modelo francés de los Artículos 14 y 15 del Código Civil, que el referido Proyecto había seguido, pudieron haber inducido al legislador español en la redacción de este Decreto a adoptar el "sistema de la ley nacional" como base de la fijación de la competencia internacional del juez civil español, y sin embargo no fue así. Bien es verdad que las normas a que vamos a referirnos a continuación fueron colocadas bajo el prisma particular del Derecho de extranjeros, del cual "el Decreto mencionado quiso ser una exposición sistemática pero esta circunstancia no debe restarle valor cuando en realidad son las únicas que en el Derecho español vigente se han planteado la fijación de las líneas generales de la competencia internacional en nuestro sistema jurídico en materia civil" (22).

Caen dentro de la jurisdicción española todas las acciones reales sobre bienes (cualquiera que sea su naturaleza) sitos en territorio español (artículo 32)

---

(21) Id. pág. 929. José Luis Iglesias Buigues, ob. cit. pág. 92 y sig.

(22) Véase: Puente Egido, ob. cit. pág. 929

Para el cumplimiento de obligaciones (de nuevo sin distinción de clases) el extranjero demandado queda sometido a los tribunales españoles respecto de las contraídas o las que sean de cumplimiento en España ó fuera de ella a favor de españoles (art. 29).

Se ofrece la justicia española a los extranjeros - demandantes, cualesquiera que sean los demandados (nacionales ó extranjeros) para exigir el cumplimiento de obligaciones que hayan sido contraídas ó que deban ser satisfechas en España (Art. 32).

Aunque no se tratare de acciones reales sobre bienes sitos en España o de acciones personales nacidas de obligaciones aquí contraídas, los tribunales españoles serán competentes en demandas de extranjeros contra extranjeros o de nacionales contra extranjeros cuando se trate de evitar un fraude, o de adoptar medidas urgentes y provisionales (Art. 33).

Se declara la incompetencia de los tribunales civiles españoles en las sucesiones hereditarias de extranjeros, tanto en las testamentarias como en las abintestato, salvo que concurrieran reclamaciones de los acreedores por obligaciones contraídas en España o a favor de España (Art. 28).

Así pues, en este sistema, es la naturaleza y localización de la acción que se ejercita y no la condición de nacional o extranjero de los litigantes el elemento primordialmente tomado en cuenta para la fijación de la competencia de los tribunales civiles españoles.

La Ley aplicable a la determinación de la existencia del fuero; la especialidad del fuero del domicilio:

Sabemos, que en la determinación de la competencia jurisdiccional internacional de los jueces españoles se aplicarán las normas internas españolas de determinación de la competencia territorial. Claro está que siempre que esa determinación la tengan que hacer los propios jueces españoles, pues en caso de que sean los jueces extranjeros los que se encarguen de similares determinaciones, - ellos aplicarán sus propias normas.

Ahora bien, conviene que nos fijemos aquí en un punto ciertamente importante; en concreto, no solo tenemos que saber que se aplican las normas internas españolas, además hemos de saber conforme a que Ley se determinará la existencia del fuero correcto, en palabras sencillas: Conforme a qué Ley se determinará el lugar del domicilio, el lugar del cumplimiento de la obligación de la situación de la casa, etc.

Así pues, la aplicación de la ley nacional o de la extranjera en la determinación de la existencia y ubicación del fuero puede dar resultados completamente distintos, - que pueden llevar en unos casos a la declaración de la competencia jurisdiccional española y en otros a la declaración de la extranjera.

El problema es específico en la determinación del domicilio y en la del cumplimiento, si este no viniera fijado en el contrato; y puede serlo en el caso de la determinación del lugar de situación de bienes de tránsito.

En los supuestos referentes al lugar de cumplimiento

de la obligación o del lugar de situación de los bienes en tránsito, la aplicación de las normas de conflicto del Código Civil Español nos puede llevar a la determinación de "ese lugar" con aplicación de normas materiales extranjeras o en su caso, españolas.

Sin embargo, cuando se trata del "FORUM DOMICILI, la ubicación de la norma del Artículo 70 de la LEC y su contenido nos tiene que llevar a mantener que el legislador quiere que el domicilio de los extranjeros se rija - siempre - naturalmente a los solos efectos procesales- por lo que establece la LEC.

Esta interpretación de la Ley según destaca el - prof. Valentín Cortés es "absolutamente correcta y cree que en ella misma se encuentra su razón". Y dice si nos - fijamos en las reglas 5a y 24a. del Artículo 63 de la - Ley, nos daremos cuenta como el legislador, que usa en - esos casos el criterio del domicilio para la atribución de la competencia, lo modifica para evitar que la Ley - señale como jurisdicción competente a una determinada jurisdicción extranjera: el fuero del último domicilio se - convierte en el fuero del último domicilio en España (23).

---

(23) El argumento es mucho mas contundente con el artículo 69 de la LEC. Todo esto es importante no solo porque la Ley regula procesalmente que se ha de entender por domicilio, sino porque además nos está ofreciendo un criterio de interpretación que nos lleva necesariamente a tener que admitir que cuando el fuero del domicilio hace referencia a un juez extranjero, la - Ley lo quiere así, pues en caso de no quererlo establece expresamente lo contrario ". Vese: Valentín Cortés, ob. cit. pág. 13. Vease también las reglas - 5a. y 24a. del Art. 63 de la LEC y art. 69 de la - LEC.

Conviene que leamos la sentencia de 1 de julio de 1.897, que dice:

"Aún partiendo de la declaración que se hace en la certificación del secretario del Ayuntamiento de ..., de que A se halla clasificado en el padrón como extranjero transeúnte, la conclusión expuesta sería idéntica porque según el Artículo 69 de la citada LEC cuando el domicilio surte fuero y no le tiene el demandado en algún punto de la Península, Islas Baleares ó Canarias, es juez competente el de la residencia, y si tampoco la tiene fija en alguna de esas regiones lo es el de lugar en que se hallase ó el de su última residencia, a elección del demandante, y según el artículo 70, las reglas de competencia establecidas en los artículos precedentes son aplicables a los extranjeros que acudan a los tribunales españoles como demandantes o demandados: por lo que en todo caso sea A español o extranjero, tenga ó no en M su domicilio, puesto que aquí reside en la actualidad, el juez de M es el competente para conocer los autos" (24).

---

(24) Vease: Valentín Cortes, ob. cit. pág. 13. Julio D. Gonzalez Campos y Rodriguez Recondo Perrua, Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, 2a. ed. Bilbao, 1981, pág. 60 y sigs.

La competencia jurisdiccional internacional de los jueces españoles en los Convenios Internacionales firmados por España.

La regulación de la competencia jurisdiccional internacional por el camino del convenio o tratado internacional, adquiere una enorme importancia. No obstante la regulación de la misma no la encontraremos en aquellos convenios que España ha firmado sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales: en ellos encontraremos reglas de competencia que no están dadas tanto para regularla como para propiciar o evitar posteriores reconocimientos de resoluciones judiciales dictadas en contra de tales reglas de competencia (25).

La regulación hay que buscarla en los convenios multinacionales que se han podido firmar para la regulación de determinadas materias

Conviene manifestar que es el propio Artículo 70 del LEC el que contempla la posibilidad de que la competencia jurisdiccional internacional de los jueces españoles venga determinada por criterios de atribución pactados internacionalmente.

Además de los tratados con Francia de 1.969 a - 1.973, referentes ambos al reconocimiento de resoluciones judiciales, se puede ver también la regulación que hace del tema, en el Convenio de La Haya de 15 de Abril de - 1.958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias, con respecto a menores.

---

(25) Vease: Valentín Cortés, ob. cit. pág. 18 y sigs.



Como decíamos, no encontraremos verdaderas regulaciones de la competencia jurisdiccional internacional, es posible que en determinados convenios internacionales haya referencias a la competencia, pero como hemos señalado, se trata en ellos de regular la competencia jurisdiccional internacional a los solos efectos del reconocimiento posterior de sentencias judiciales, incluso dice Valentín Cortés, "los criterios de atribución son tantos y tan variados que no se impiden ciertamente los casos de concurrencia de competencia jurisdiccional internacional" (26)

Aquí nos referimos a algunos de esos Convenios a que hacíamos, líneas mas arriba, referencia.

- Convenio de 25 de febrero de 1.961 sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (BOE de 4 de agosto de 1944).

- Convenio de Roma de 7 de octubre de 1.952, sobre daños causados a terceros en la superficie, por aeronaves extranjeras (BOE de 17 de mayo de 1.961).

- Convenio internacional de 29 de noviembre de 1.969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (BOE de 8 de marzo de 1.976).

- Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1.952 (BOE de 5 de enero de 1.952).

---

(26) Id. pág. 19

- Convenio internacional sobre competencia civil en materia de abordajes de 10 de mayo de 1.952 (BOE de 3 de enero de 1.954).

Por último, subrayamos que, la competencia jurisdiccional internacional de los órganos judiciales españoles solo puede alegarse por vía de declinatoria.

La utilización de la inhibitoria en esos supuestos implica su planteamiento ante el juez competente, - que siempre será extranjero.

Y tenemos que decir que, en este punto, se interpone o debe valorarse en su justa medida el escollo de la soberanía; ni el juez extranjero puede requerir de inhibición al juez español, ni éste, en el caso hipotético de verse requerido, concedería eficacia alguna a similar requerimiento, simple y exclusivamente porque se traspasarían los límites de la soberanía del Estado español.

Por eso, la cuestión de competencia jurisdiccional internacional del juez español debe ser planteada siempre en el proceso español y, por tanto, a través de la - "declinatoria de la jurisdicción".

## SECCION II

### El problema de la designación de la norma conflictual del Derecho Internacional Pri- vado

#### Nociones conceptuales y metodológicas:

La norma de conflicto es el instrumento del que el Derecho internacional privado se sirve usualmente para realizar la función que le corresponde en el cuadro general de las disciplinas jurídicas, ya que ningún problema de Derecho Internacional Privado surge cuando los elementos todos de la relación de índole jurídica y sus fases de vida dependan exclusivamente de la ley del juez y son regidos por sus disposiciones materiales de orden civil, mercantil o procesal. El problema aparece cuando alguno o varios de esos elementos o fases deben ser regulados por una ley extranjera, designada por la norma de conflicto.

La norma de Derecho Internacional Privado opera sobre un objeto que ha de regular. ¿En que consiste?.

Goldsmichdt y Niederer clasifican en tres grupos las teorías que responden a estas preguntas:

1º. El objeto de esta norma es una "relación jurídica" (Savigny, Kahn, Bartin).

2º) El objeto es una "situación de hecho" (Von Bar,

Kabel, Wolff).

3º). El objeto es una "cuestión de derecho" -según la terminología de Niederer- o "una situación problemática" -según la de Goldsmichdt- (Lewald, Neuner, Falconbridge).

Planteamiento del conflicto:

La regulación de los conflictos de leyes que puedan presentarse, la aplicación de un concreto derecho nacional o extranjero, parte de un supuesto de hecho de una serie de "circunstancias" (personas, cosas, actos en un territorio), en las que determinados conceptos, como el domicilio, la nacionalidad, la situación de la cosa, el lugar de celebración del acto jurídico, la voluntad de las partes, etc., se plasman en un plano dominante. Pues bien, con dichas circunstancias se concreta la solución para lo cual la norma de conflicto atendiendo a dichas circunstancias, nos remite a una legislación determinada.

Conviene advertir que dichas circunstancias son hechos materiales en unas cosas o referidos a subsistencia de determinada situación jurídica en otras.

En definitiva, podemos decir, el medio técnico de la descripción abstracta del Derecho a aplicar es el "punto de conexión", siendo sus reglas las que originan por su propio procedimiento un derecho especial en torno a las relaciones que presentan un carácter de extraneidad en relación con la vida jurídica interna de un Estado.

"Punto de conexión" es, por tanto, el ligamen que vincula a una persona, cosa o hecho jurídico, con un ordenamiento competente, en virtud de la norma de Derecho Internacional Privado, a cierta relación de la vida o a uno de sus elementos integrantes" (27).

Compartimos el espíritu que anima a nuestro profesor M.A. Navarro al excribir que: "Mediante las conexiones, el legislador se crea el instrumento técnico con el que procede a la designación indirecta del Derecho aplicable" (28).

Para Yanguas Messía "el objeto directo contemplado por la norma de conflicto no es, como en Derecho material, la relación concreta, sino todo un grupo de relaciones, o la institución misma en su conjunto (29).

Pues bien, los puntos de conexión son, como las categorías de relaciones, designados estrictamente por la norma de conflicto. Para mejor precisar el concepto, el punto de conexión en cuanto a los derechos y deberes de la familia o al estado y capacidad de las personas, es la nacionalidad; en materia de bienes, la nacionalidad del propietario para los bienes muebles y el lugar donde están sitos,

---

(27) Vease Jose Ramón de Orue y Arregui, Manual de Derecho Internac.privado, 3a.ed., Madrid, 1952, pág. 429. Alejandro Herrero Rubio, Derecho Internacional Privado, II, Valladolid, 4a.ed. 1980 pág. 152, también Goldschmidt los puntos de conexión, en formación jurídica, 1946, pág. 28 y Goldschmidt; sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 2a. ed. 1952, pág. 226.

(28) Vease: M.A.Navarro, Derecho Internac.Privado, V.I. t.II, parte 2a. pág. 1)1

(29) Vease: José de Yanguas Messía, Derecho Internacional Privado, parte general, 3a. ed. pág. 232.

para los inmuebles, con relación a las sucesiones, así legítimas como testamentarias, la ley nacional del causante y, respecto a las formas y solemnidades de los actos el lugar donde se otorguen.

En consecuencia, la ley reguladora del estado y capacidad personal, derechos y deberes de familia, - bienes muebles y sucesiones habrá que buscarlas en el ordenamiento jurídico nacional de la persona de que se trate; la aplicable a bienes inmuebles, en el ordenamiento del lugar donde radiquen y la referente a la forma de los actos, en el ordenamiento del país en que se otorguen.

En otros ordenamientos jurídicos nacionales, el punto de conexión para la capacidad es el domicilio; para los bienes, la ley del lugar, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles, o para las sucesiones, la ley personal para los muebles y la del lugar donde estén sitos, para los inmuebles.

Idéntico mecanismo tiene la norma de Derecho - Internacional Privado cuando está inserta en un convenio o cuando resulta de la costumbre. El convenio de La Haya de 1.9)2 acerca de la tutela de los menores, designa como punto de conexión la nacionalidad del menor y, subsidiariamente, el lugar donde éste tuviera su residencia - habitual, si la autoridad nacional no organiza la tutela conforme a su ley propia (30).

---

(30) La conexión que sirve de base para localizar la relación jurídica y para determinar el derecho material aplicable, puede ser única ó múltiple. Es única cuando basta con un solo punto de conexión, por ejemplo, el que sirve para fijar la ley que ha de regir el estado y la capacidad de una persona o el régimen de un inmueble. Es múltiple cuando precisa recurrir a puntos de conexión diversos; así ocurre en un contrato, con la respectiva capacidad de las partes, los requisitos de fondo y de forma, las modalidades de ejecución. Vease: Yanguas, ob. cit. pág. 234. M.A. Navarro. ob. cit. pág. 106.

La "cuestión preliminar".-

Es posible que la atribución de un determinado punto de conexión a una situación concreta, exija el esclarecimiento previo de una cuestión de derecho.

Así, por ejemplo, los derechos sucesorios que, al aplicar la norma de conflicto, puedan corresponder a los hijos legítimos o a la viuda dependen, si es que fuesen puestos en duda, de una cuestión previa: la validez legal del matrimonio.

Melchior planteó el tema preliminar como problema autónomo dentro del marco del Derecho internacional privado. En esa concepción le siguieron Wolff, Wengler y otros autores. Sentada esta premisa, someten la cuestión preliminar a las normas de conflicto extranjera a que remiten las normas de Derecho Internacional Privado de la LEX FORI (31).

Conduce esta doctrina al mismo resultado práctico que el reenvío, pero con esta diferencia que, señalada - por LEWALD: "el reenvío implica la sustitución de la regla de conflicto del foro por la de una legislación extranjera.... El problema de la cuestión preliminar, por el contrario, surge dentro del marco del orden jurídico compe-

---

(31) Vease: M.A. Navarro, ob. cit. pág. 62, Messía, ob. cit. 241 y Alejandro Herrero Rubio, Derecho Internacional Privado, Tomo II, 4a. ed. Valladolid, 1980, pág. 195, Wolff: Private International Law, Oxford, 1945, págs. 206 a 208.

tente en virtud de la regla conflictual del foro" (32).

- 
- (32) Lewald: Regle Generlaes des Conflit de Lois, Basel, 1941, pág. 45 y sig.

"El origen histórico de esta nueva cuestión jurídica internacional está en una sentencia del tribunal de casación francés, de 21 de abril de 1931 dictada en el caso PANNUCANNA MALLE V. NADIMUTU-POULLE. Se trataba de la sucesión de un súbdito inglés, originario de la India y propietario de bienes inmuebles en Indochina. Los posibles herederos eran una hija, un hijo de otra hija fallecida y un hijo de un hijo adoptivo también premuerto. En el testamento, el causante había excluido al último, por lo que interpuso la demanda. La adopción del demandante tuvo lugar en un momento en el que el causante tenía hijos legítimos. Dentro del problema general sucesorio se había planteado el de considerar si el reclamante tenía calidad para heredar, ya que si la adopción era perfectamente válida, según la ley personal del causante, en el código civil francés el artículo 344 prohíbe la adopción cuando el adoptante tiene hijos legítimos vivos.

El Tribunal de SAIGON distinguió entre la adopción, válida según el derecho personal de las partes, y la participación en la herencia del adoptante, que debía ser regida por la ley francesa. A esto, se añadía que la prohibición de adoptar, teniendo hijos legítimos, era de orden público. La Chambre de Requetes del Tribunal de Casación rechazó el recurso contra la anterior sentencia, insistiendo en que el llamamiento de los hijos adoptivos, que hace el artículo 357 del Código Civil Francés, se entiende aplicado solamente a aquellos que han sido adoptados en condiciones de validez, según la ley francesa. Corresponde, por lo tanto, a la ley que rige la cuestión principal la resolución sobre el problema accesorio.

.../..



El profesor Miaja de la Muela precisa que "la interrogante planteada por la VOFRAGE, en cuanto problema sustantivo de la teoría conflictual, es la de, dando por supuesto que la validez extraterritorial de aquella relación jurídica ha de apreciarse según un determinado sistema de normas de conflicto, cual ha de ser este sistema (33).

El profesor Pecourt Garcia hace observar certeramente que la Vorfrage ó cuestión preliminar, se presenta con posterioridad al planteamiento y examen de la cuestión principal, pero debe resolverse antes, que esta última.

En la busca de una solución, PECOURT aplica una técnica analítica, considerando sucesivamente las diversas categorías de hipótesis que pueden presentarse, para dar a cada una de ellas la solución que estima mas adecuada (34).

---

(33) Vease: Miaja de la Muela: "Un aspecto de la protección internacional a los derechos humanos: la lucha contra las relaciones jurídicas claudicantes", en el Libro-Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Madrid, 1959, Vol. I, pág. 531.

(34) Vease: Pecourt Garcia: Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado, Revista de Derecho Español y Americano, año XI, II época, Madrid, 1966, Octubre-Diciembre, págs. 11 a 60.

En una síntesis muy general podemos decir que la doctrina unas veces niega la existencia de una - cuestión particular en estos supuestos porque, para algunos, está comprendida en otros problemas que han logrado ya un amplio reconocimiento (calificación, reenvío, etc.), o es un falso problema, un pseudo problema, dice LEPAULLE; para otros autores constituye un tema técnico independiente que forma parte de un sistema general. (35).

El problema de las calificaciones:

El origen teórico del problema está ligado a tres nombres: NIEMEYER, que figura como precursor en función de la defensa que hace del método positivista; KAHX, que es el verdadero teorizante del problema, y - Bartin, que divulgó y dió tono polémico a la doctrina.

En efecto, las normas de Derecho Internacional Privado declaran cual es la ley competente para regular cada categoría de relaciones, ya que al dictar normas - de Derecho Internacional Privado, todo legislador busca resolver con criterio de justicia la regulación de aquellas relaciones complejas que exceden del círculo interno nacional y reclaman, por su naturaleza misma, la aplicación de una ley extranjera.

---

(35) Entre los primeros está Nibcyet (Traite, t.III pág. 388) y Lepaulle (Loc. cit. P. 201); entre los segundos Melchior, cit. en Herrero Rubio, ob. cit. margen pág. 196) y Wengler, cit en el mismo; Pecourt la cuestión preliminar, en RDEA, XV, 1966, P. 11; Pastor Ridriego, un caso de cuestión previa en la - jurisprudencia española: la sentencia del T.S. de 10 Octubre 1966, en TEMES, nº1), pág. 103.

En actitud plémica, y frente a las tendencias universalistas del siglo XIX, BARTIN, proclamó la imposibilidad de llegar a la supresión definitiva de los conflictos de leyes y en apoyo de su tesis alega que todo legislador, al dictar normas de Derecho Internacional Privado y declarar una ley extranjera competente, restringe la aplicación de su ley interna y pone límites a su propia soberanía.

No cabe, pues, admitir que tal limitación - vaya mas lejos de lo que indudablemente estuvo en el animo del legislador que a sí mismo se la impuso. De aquí que toda remisión a un Derecho extranjero deba ser interpretada con criterio restrictivo y entendida siempre dentro de los límites fijados por las calificaciones contenidas en la ley del juez, que son las que su legislador tuvo en la mente al señalar la ley aplicable. (36).

En suma, la calificación de la relación jurídica concreta compete al Derecho material designado por la norma de conflicto. A este Derecho corresponde decidir si la materia es civil o mercantil, la institución en que ha de calificarse, el código, ley o reglamento que se ha de consultar, los artículos concretos que le cuadran. En una palabra: la calificación sustantiva o procesal del caso y el señalamiento específico de las disposiciones legales pertinentes.

---

(37) Vease: Bertin: De l'impossibilité d'arriver á la suppression definitive des conflits de lois. Journal de Droit International Prive, 1897, págs. 225-255, 466-495, 720-738. Artículos reproducidos en un volumen el año 1.899. Vease también M.A. Navarro. ob. cit. pág. 36 y sigs.

Materia toda ella intimamente ligada al sistema legislativo de que dependen las normas de Derecho material, que debe ser enjuiciada con idéntico criterio y la misma técnica jurídica, así en las calificaciones como en la regulación.

La teoría del Reenvío y la aplicación  
del Derecho extranjero

Conceptos fundamentales.-

Se trata de un problema de competencia legislativa, que se produce cuando el legislador de un Estado considera a otro competente para regular una determinada relación de derecho, y el legislador del segundo Estado estima, a su vez, competente al primer Estado o a un tercer Estado.

Y es que, cuando la norma de un Estado decide que una determinada relación ha de regirse por la ley de otro Estado es preciso establecer si esa referencia afecta a todo el ordenamiento jurídico del segundo Estado, o solamente a una parte de él, al derecho material. "En el primer caso se habla de una referencia máxima, en el segundo de una referencia mínima".

La referencia máxima comprende todo el ordenamiento jurídico del Estado, incluso las normas de conflicto, las que integran su derecho internacional privado; en la referencia mínima se excluyen estas últimas"(38).

---

(38) Véase: Herrero Rubio, ob. cit. pág. 207 y sig.

Designación de la norma aplicable:

El sistema de REENVIO tuvo su origen y trata de hallar su justificación en el caso de conflicto negativo, cuando las dos legislaciones interesadas en una relación jurídica declinan su directa regulación, sin que en ninguna norma de fuente internacional pueda hallarse una solución superior uniforme.

Situada la cuestión en uno de los Estados a cuya legislación afecta, inhibido de entender en el caso su derecho interior y señalada por su norma de conflicto - la ley extranjera a que procede acudir, el problema consiste en determinar qué norma de esta última ley ha de ser aplicado, si la de Derecho material o la de Derecho internacional privado. Si lo primero, bastará recurrir al Derecho interno extranjero y aplicar sus reglas sustantivas civiles, mercantiles o de la especialidad que el caso requiera. Si lo segundo, habrá de consultarse la norma de conflicto de aquella legislación; y como esta es diversa y la del juez que la declaró aplicable, no solucionará el caso a favor de su propia competencia, sino que remitirá, a su vez, a la ley de otro Estado. De aquí arranca el sistema de REENVIO.

Ya es sabido que las normas de conflicto dictadas por las legislaciones nacional, solucionan con criterios no siempre coincidentes los problemas que suscita la aplicación de las leyes en el espacio.

Unas legislaciones regulan la capacidad y las relaciones familiares por la ley nacional; otras, por la ley del domicilio.

Unas fraccionan la sucesión entre leyes diversas, según se trate de bienes muebles o inmuebles; otras, - siguen un sistema de unidad a base de la ley nacional del causante.

En opinión de Yanguas, "ningún problema surge cuando la norma de conflicto es idéntica en la ley del juez y en la ley extranjera declarada aplicable por la LEX FORI" (39).

Pues bien, la cuestión aparece cuando las dos normas de Derecho internacional privado son diversas. El conflicto puede entonces ser positivo o negativo. Positivo, si las dos legislaciones se atribuyen competencia para regir el caso; negativo, si ninguna de ellas atrae a sí su regulación. Conflicto positivo sería el suscitado entre la ley nacional y la del domicilio, si un español estuviese domiciliado en Dinamarca: la ley española y la danesa reclamarían su competencia para regirla.

Conflicto negativo sería el producido en el supuesto inverso de un danés domiciliado en España: La ley española consideraría aplicable la ley nacional, esto es, la ley danesa y la danesa atribuiría competencia a la del domicilio, o sea, en el ejemplo propuesto, la española.

#### La "Coordinación de soluciones".

El ilustre profesor de París Bartin, fundamenta el reenvío en la coordinación de la norma de conflicto propia con la extranjera, mediante una "combinación" de las dos normas de conflicto, de manera que permita un resultado aceptable por parte de las dos soberanías.

---

(39) Vease: Yanguas . ob. cit. pág. 269

- 50 -

Aduce motivos de oportunidad a favor del reenvío, en el orden internacional porque resuelve el conflicto de soberanía, en el orden interno, porque el - el reenvío de primer grado conduce a que el juez aplique su propia ley, y esta es su ventaja práctica esencial.

CAPITULO II

El Derecho Extranjero en el Orden Procesal



Nociones conceptuales y metodológicas.-

En este segundo capítulo de la parte primera y como necesaria introducción para el estudio del objeto específico de nuestra tesis, nos vamos a referir a los diversos criterios que el problema del Derecho extranjero presenta, en general, en el orden jurídico. Si el primer capítulo comprendía una introducción doctrinal, este segundo abarca una introducción positiva del derecho procesal.

Por una parte, estudiaremos las soluciones que el problema jurisdiccional del Derecho extranjero, fundamentalmente, presenta en el orden del DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL; refiriéndonos al problema de la equiparación del tratamiento procesal del Derecho extranjero al Derecho nacional.

Y el papel desempeñado por el juez para su aplicación, asimismo el principio de soberanía de las partes y su efecto sobre el poder del juez en aplicar el Derecho extranjero por último; y en profundidad, examinaremos la trascendencia procesal de los argumentos según los cuales, el juez no está obligado a aplicar de oficio el Derecho extranjero.

Por otro lado y prescindiendo de un estudio detenido de los planteamientos, que se saldría de los límites de nuestro trabajo, haremos una referencia generalizada a algunas soluciones nacionales para la cuestión del problema de la búsqueda del contenido del Derecho extranjero.

Distinguiremos el sistema francés y español, ha-

ciendo posteriormente una referencia a otros sistemas que tampoco carecen de interés.

En este Capítulo y para que la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero y la búsqueda de su contenido no se presente tan aislada que en algunos puntos puedan resultar incomprensibles, añadimos, aunque sea de pasada, ciertas consideraciones sobre el papel del juez y las partes en la búsqueda del contenido del Derecho extranjero y la carga de la prueba del mismo.

### SECCION III

#### La moderna tendencia evolutiva entendida en el sentido de la equiparación del tratamiento procesal del Derecho extranjero al del Derecho nacional

No parece dudoso que la tendencia evolutiva moderna, tanto en los países de la Europa continental como en los del COMMON LAW, se pronuncia en el sentido de asimilar cada vez más la disciplina del tratamiento procesal del Derecho extranjero a la del tratamiento procesal del Derecho nacional. A decir verdad, vale como un dato casi universal lo que recientemente se ha escrito a propósito del Derecho estadounidense: (La tendencia actual, en la jurisprudencia estadounidense es la de descartar la doctrina de que el Derecho extranjero es un hecho, debiendo ser el Tribunal y no el jurado quien decida las cuestiones de Derecho extranjero), y permitiéndose al Tribunal tener en cuenta judicialmente el contenido del Derecho de naciones extranjeras. Esta tendencia continúa, a pesar de la defensa que varios comentaristas de gran autoridad hacen del método del "Common Law" según el cual el Derecho -

extranjero debe alegarse y probarse (40).

Pero es también un dato del cual hay obligación de dejar constancia, que, aunque a primera vista pueda parecer paradójico, esa tendencia evolutiva, tan evidente "liberal" y de "mentalidad o sentimiento internacional" ha sido anticipada en muchas décadas precisamente por la doctrina italiana de la "recepción" y de la "nacionalización": doctrina que, como se sabe, partió precisamente de un planteamiento que se contrapone al internacionalismo savignyano y manciniano (41).

---

(40). Vease: Mauro Capelletti, el valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil; traducción española de Santiago Sentis Melendo, B. Aires, 1.968, pág. 134 y sigs; también H. Smith y A.R. Miller, The International judicial assistance in civil matters with special reference to the relations between Italy and the United States American Report International Judicial - Assistance Conference, Varese, agosto 26-29 1.961; the conflict of laws, IV, Ann Arbor, Univ. of Michigan Law School, 1.958, págs. 473 y sigs.

(41). Precisamente P.S. Mancini se pronunció por el contrario, en el sentido de que la ley extranjera debía ser tratada con un hecho cuya prueba incumbía a la parte que la invocaba.

El problema del tratamiento procesal del Derecho Extranjero como problema de Derecho positivo:

Planteamiento General:

¿Puede el juez aplicar la ley extranjera de oficio, ó deben las partes instarla del juez?. En la práctica - partiendo de la consideración de la ley extranjera como elemento de hecho, prevalece la idea de que son las - partes quienes han de alegar ese derecho. En cuanto a la doctrina, hay corrientes muy diversas. Para algunos, el juez debe participar en la determinación del derecho extranjero y recabar las cooperaciones que sean necesarias para ello. Para otros, tiene el juez como obligación la de aplicar el derecho extranjero, pero no está obligado a conocerle, por lo que no se le puede hacer responsable si no le aplica. Y, algunos, creen que, si el juez conoce el derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, debe aplicarle de oficio y, si le desconoce, tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para llegar a su conocimiento, sin previa alegación por las partes.

Desarrollo:

Examinados ya los problemas que, sucesivamente, plantea la aplicación de la norma de Derecho Internacional - privado resta por estudiar el problema de la aplicación del Derecho extranjero, o sea, la ley extranjera en el orden procesal.

La aplicación de toda ley requiere, de parte del - juez, conocerla e interpretarla. Ambas funciones acompañan

lógicamente a la aplicación del precepto, y a nadie - ofrece dudas su necesidad cuando se trata de disposiciones de índole puramente interna. Tampoco debiera ofrecerlas al trasladar el problema del Derecho interno a nuestra disciplina la necesidad de conocer e interpretar la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto, ya que el juez está obligado a aplicarla por mandato de su propio legislador, y ello requiere previo conocimiento y adecuada interpretación. Encontrará, ciertamente, el juez una mayor dificultad - práctica para conocer e interpretar la ley extranjera que la suya propia; mas esto no altera el principio que acaba de enunciarse.

El Art. 6º del Código Civil español dice que - "El tribunal que rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad "Si no es lícito al juzgador negarse a fallar por esta causa tampoco debe serlo el omitir la - aplicación de la ley extranjera que su propio legislador le ordena, por desconocimiento de su texto. "La ignorancia de las leyes -declara el art. 2º del mismo - cuerpo legal- no excusa de su cumplimiento". Disposición dirigida a los particulares, pero que con mayor motivo obliga al juez (42).

No cabe que la dificultad antes apuntada - sea invencible, pues cabe superarla por procedimientos que se indicarán mas adelante. Mas invencible podría decirse que es la ignorancia del particular; y sin embargo el principio antes enunciado no le excusa por ineludible exigencia del orden jurídico. Sin contar con que el hipotético conocimiento de la ley supuesto en el particular va ligado a todo acto que realice u omisión en que incurra, mientras que el conocimiento de la ley extranjera pedido al juez no es global ni anterior a su -

---

(42) Vease: Yanguas, ob. cit. pág. 386

actuación en el pleito, sino que se concreta al punto litigioso que en cada caso le sea sometido, y permite, con posterioridad a su planteamiento el estudio y la consulta.

El Derecho extranjero en el orden procesal.-

El procedimiento indirecto de reglamentación del tráfico externo se caracteriza por el hecho de que la norma de conflicto contiene un mandato de aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Sin embargo, cuando el órgano encargado de aplicar las normas del sistema nacional de Derecho internacional privado considera el sistema jurídico extranjero declarado aplicable, deberá tener en cuenta que ese ordenamiento, al igual que el nacional, posee dos grupos diferentes de normas: las de Derecho Internacional Privado y las normas materiales (Derecho civil, mercantil, etc.)

Y como consecuencia de la remisión operada por la norma de conflicto nacional, ambos grupos de normas pueden ser objeto de aplicación en el foro.

- La aplicación de las normas de Derecho Internacional privado extranjeras por el juez nacional puede producirse, como hemos visto en los apartados precedentes, en el supuesto de un "Reenvío" de retorno a la ley nacional y, asimismo, para resolver la "remisión a un sistema plurilegislativo".

- La aplicación de las normas materiales extranjeras, en cambio, se dará en todos aquellos supuestos en que exista una remisión operada por las normas de conflicto del foro y, negativamente, no exista reenvío de retorno a la ley nacional; constituyendo las normas ma

teriales extranjeras, como se indicó anteriormente, el ordenamiento regulador del supuesto de hecho(43).

Por tanto, la referencia al "derecho extranjero" contenida en el ordenamiento jurídico externo de los Estados comprende no solo el derecho material extranjero, sino también el derecho conflictual de otro Estado.

Ambos son, en efecto, normatividad jurídica extranjera que el juez nacional deberá aplicar en virtud de lo dispuesto en el sistema de Derecho Internacional privado de su Estado (El Estado del juez).

Ahora bien, el carácter extranjero de esas normas suscita un problema específico: la necesidad de determinar en el proceo su "contenido y vigencia". Tal problema no surge, ciertamente, ante el juez nacional, en relación con las normas pertenecientes a su propio ordenamiento y establecidas en virtud de ley, pues ya se trate del derecho material nacional o de las normas nacionales de Derecho Internacional privado, el juez deberá conocerlas y aplicarlas de oficio, sin necesidad de previa alegación y prueba por las partes, y por consiguiente, cabe preguntarse cuales son las razones determinantes de que la LEX ALTERA reciba un tratamiento procesal distinto del otorgado a la LEX PROPRIA (44).

---

(43) Vease: Julio D. González Campos, Lecciones de Derecho Internacional Privado, parte general (poly copias) U.A.M., Lección 11, año 198), pág. 13 y sig.

(44) Vease: Comentarios a las reformas del Código Civil (el nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1.975), volumen primero, Madrid, pág. 663. El mismo en Derecho Internacional Privado, 2a. ed. Madrid, 1976, pág. 289.



Para un importante sector doctrinal la justificación se halla en la distinta condición o naturaleza del derecho extranjero; estimándose a partir de distintos planteamientos teóricos que si bien en el ámbito del Estado donde se ha dictado una norma es verdadera norma jurídica, fuera del territorio estatal - aparece como un simple "hecho". Actitud que se vincula, de ordinario, con la cuestión ulterior de justificar por qué se aplica en el foro la normatividad extranjera.

Ahora bien, sin entrar a considerar aquí críticamente los diferentes argumentos expuestos, por la doctrina, es suficiente considerar, como ha señalado el profesor Carrillo Salcedo, que "el Derecho extranjero - es Derecho, aunque extranjero"; de manera que es su carácter de normatividad extraña lo que justifica que la otorgue un distinto tratamiento procesal en el foro.

En efecto, el hecho de que una norma jurídica - pertenezca a otro ordenamiento no entraña una modificación de su naturaleza, pero sí suscita una cuestión particular: la de establecer su misma existencia como tal norma jurídica, conocer su contenido y afirmar su vigencia en el sistema jurídico extranjero. La remisión al ordenamiento de un Estado extranjero, para que opere como regulador del supuesto solo ofrece una determinación genérica de ese sistema jurídico; las normas particulares que han de servir como fundamento de la decisión del caso planteado ante el juez nacional son, ciertamente, normas jurídicas, pero normas indeterminadas en su contenido. De este modo, al igual que respecto de la costumbre, no se discute su carácter de "fuente" del -

ordenamiento, pero solo será aplicable por el juez cuando "resulte probada"; prueba que se concreta en la determinación de su vigencia y contenido normativo, no conocido por el juez.

El papel desempeñado por el juez  
en la aplicación del Derecho Ex-  
tranjero

Planteamiento General.-

El papel del juez en el proceso no se limita a aplicar el Derecho interno. Cuando el litigio en cuestión lleve consigo un elemento extranjero, se hace necesaria la búsqueda de las normas del Derecho internacional privado, para aplicar la ley competente.

Ahora bien, suponer que las normas del Derecho internacional privado indican la competencia y la aplicabilidad del Derecho extranjero, ¿obligará el juez a su verificación de oficio ó cabría hacerlo solo por alegación de las partes, o al menos de una de ellas?. Si estas últimas sostuvieran la aplicación del Derecho Nacional, ¿Se obliga al juez a cumplir la voluntad de las partes, o-al contrario- a aplicar la ley competente conforme de las normas del conflicto?.

Para responder con sentido lógico a esta interrogación, basta considerar que las normas de Derecho Internacional privado son reglas obligatorias dentro del territorio del Estado que las dicta. Salvo el reducido

círculo dejado a la autonomía de la voluntad, revisten carácter imperativo y no pueden ser derogadas por los particulares.

Consecuencia ineludible de esta premisa es que la ley extranjera declarada idónea para regular el caso puede y, en rigor jurídico, debe ser aplicada de oficio si las partes no la invocan.

Tal aplicación comprende tres momentos procesales (45).

- "La determinación del Derecho extranjero a la cual la norma de Derecho internacional privado remite;

- La indagación del texto aplicable, dentro del total ordenamiento jurídico extranjero llamado a regir el caso;

- La interpretación de su sentido y alcance".

Todo ello, en la esfera de los principios, aún cuando las partes no hubiesen alegado el Derecho aplicable o incurrido en error al señalar o interpretar el texto.

Esta es la doctrina dominante entre los autcres La jurisprudencia, por el contrario, se inclina en la mayoría de los Estados a aplicar el Derecho interno, aunque no corresponda hacerlo, según las normas de conflicto del propio juez, si las partes han silenciado la procedencia de aplicar un Derecho extranjero.

---

(45) Vease: Yanguas, ob. cit. pág. 39.

Las normas de Derecho internacional privado que el legislador quiso investir de valor imperativo, quedan así entregadas al arbitrio de las partes. Unas veces por ignorancia, otras por malicia, el Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del propio juez podría no ser alegado por las partes y el juez, conforme a esta viciosa y extendida jurisprudencia, permanecerá indiferente y pasivo, consagrando la violación de una norma obligatoria de su legislador, que le prescribe aplicar una ley extranjera.

El principio de soberanía de las partes y su efecto sobre el poder del juez en aplicar el Derecho extranjero:

Este principio opera mas bien en el ámbito de los hechos pues son las partes quienes señalan al juez los límites de sus pretensiones mediante la prueba que sostienen en la defensa de sus pretendidos derechos, y se ve naturalmente que se restrinjan los poderes del juez y de ahí surge el principio de la neutralidad del juez en el proceso civil para garantizar la protección y afirmación del principio de la soberanía de los litigantes en el ámbito de los hechos, siempre cuando no se trate de cuestión de orden público.

Esta neutralidad en opinión de otros, no significa la absoluta pasividad del juez, pues él debe tomar todas las medidas necesarias para administrar la justicia y aclarar la verdad exigiendo la prueba de ciertos hechos que las partes no hubiesen alegado y - que tiene transcendencia en la estimación de los he-

chos en el conflicto (46).

El mencionado principio, como hemos señalado, se limita por el hecho y no el Derecho en el proceso, no obstante en el ámbito del Derecho se permite a las partes litigantes excluir la aplicación de las normas de Derecho que no afectan mas que al interés particular y las situaciones jurídicas individuales de una de ellas o ambas. Los litigantes, por ejemplo, pueden declinar la aplicación de las normas supletorias y acordar otra cosa, puesto que esas normas y -al contrario que las imperativas- no son de orden público y fueron legisladas para complementar la voluntad de las partes cuando estas no se pusiesen de acuerdo - en algún punto concreto del litigio (47).

De este principio se colige el resultado lógico de que el juez deba abstenerse de cambiar tanto el contenido como la causa de la demanda. Solo las partes tienen la libertad y el derecho de determinar la construcción real de sus pretensiones, y el juez no tiene por qué invocar ni basarse en un hecho que no haya sido alegado por el litigante. El juez tiene la obligación de aplicar de oficio las normas del Derecho sin esperar que esas normas sen invocadas por las partes.

---

(46). Véase: Planiol et Ripert (par Esmein), *Traité pratique de droit français*, t.7, 2a.ed. Paris 1.954, pág. 839; Glasson, Tissier et Morel, - *Traite de Procedure Civile*, t. II, 2a.ed.Paris 1.926, pág.696 y sigs.Morel, *Traité élémentaire de Procedure civile*, Paris., 1949,2a.ed.pág. 378 y sigs. también, Abderrazak el-Sanhouri en el-wasit, 1956 t.II, pág. 30.

(47) Véase: Eddin el-wakil, *La Teoría del Derecho*, la.ed. Alejandría, 1964, pág.112, Marty et Raynaud *Droit Civil*, t.7, Paris, 1961, pág. 162 y Motulsky *La Cause de la demande dans la délititation de l'office de juge*, Dalloz, 1964, pág. 238.

Se observa, por tanto, que el principio de la soberanía de las partes no constituye un estorbo dentro del marco de las relaciones puramente nacionales; pero la elaboración de este principio en el ámbito - de las relaciones internacionales sí que exige la necesidad del reconocimiento de la obligación por parte del juez de aplicar de oficio el Derecho extranjero sin que esta obligación dependa de la condición de que las partes aleguen la normativa extranjera.

En definitiva, el juez debe elaborar las normas del Derecho Internacional Privado "ex officio" y aplicar el Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del foro.

No obstante, el problema no es fácil, y sí muy importante, porque esta es una materia en la que la - contradicción entre la doctrina y la jurisprudencia - del Derecho Internacional Privado es mas llamativa. - Aunque la doctrina es decididamente partidaria de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, la jurisprudencia, salvo pequeñas excepciones, se muestra partidaria de la valoración fáctica del Derecho extranjero, reclamando de las partes su alegación y prueba. (48).

---

(48) Véase; Aguilar Navarro, Derecho Internacional Privado, parte general, 1.955, pág. 441, Bati-ffol, Traite Élémentaire de dr. in. Privé, París, 1.959, pág. 391., Niboyet, Traité de dr. int. Privé. t. III, París 1.944, pág. 589 y Carrillo Salcedo R.E.D.I., Vol. XIV, núm. 3, Madrid, 1.961, pág. 589 y sigs.

#### SECCION IV

### Trascendencia procesal de los argumentos según los cuales, el juez no está obligado a aplicar de oficio el Derecho extranjero

#### Concepto:

Cuando el tribunal "aplica derecho extranjero", lo aplica como tal? ¿O como parte de su propio derecho? , ¿O finalmente, como un simple hecho?. Estas - cuestiones han sido discutidas con frecuencia, particularmente en los Estados Unidos y en Italia.

El axioma de que la norma extranjera es una - cuestión de hecho en el sistema jurídico, en algunos Estados, ha constituido la base de numerosos pronunciamientos. La primera tarea del tribunal es decidir qué derecho es aplicable: su propio derecho interno o un derecho extranjero; y en el último caso, qué derecho extranjero. Con frecuencia sucede que la ley del - foro y los derechos extranjeros interesados llevan a la misma decisión, o porque las diferencias entre ellos no tienen ningún efecto sobre la cuestión en discusión.

Aquí abordamos los argumentos según los cuales, el juez no está obligado a aplicar de oficio el Derecho extranjero.

Los partidarios de esa hipótesis basan sus - afirmaciones sobre dos tipos de argumentos:

1.- El pretexto basado en la naturaleza del Derecho extranjero.-

Batiffol, justifica la liberación del juez de aplicar el Derecho extranjero de oficio por un pretexto basado en la naturaleza de este Derecho; para él el Derecho extranjero no es más que uno de los elementos del hecho ante la jurisdicción nacional (49). Como el Derecho extranjero no es un hecho, lo natural es - que el juez no lo aplique de oficio, porque de hacerlo, chocarían contra el principio de la soberanía de las partes en el proceso, lo que le exigiría una neutralidad en el ámbito de los hechos. Hemos señalado que no es exigible que el juez dicte su sentencia sobre un hecho que no fuera alegado por las partes.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿es cierto que el Derecho extranjero se considera, realmente, como un mero componente de los elementos del hecho?.

Batiffol comenta que "la norma jurídica consta de dos elementos: el elemento mental o ideal en el que el contenido de la misma norma es general y absoluto, y el elemento de ordenar y obligar , del cual la norma - provee de su poder obligatorio y también la distingue de las normas morales y de su religión. Si la norma extranjera posee estos dos elementos en el país de cuyo legislador procede, perderá su último elemento en caso de su aplicación ante la jurisdicción nacional (el foro), -

---

(49) Véase: Batiffol, Aspects Philosophiques du dr. int. privé, Paris , 1956, pág. 104 y sigs.; también Batiffol Traité élémentaire, ob. cit. pág. 381.



porque el elemento de ordenar se determina, obviamente por el país donde ejerce el legislador su soberanía. Así pues, no le queda mas que el elemento de ideal y como consecuencia, pierde su peculiaridad como norma jurídica y se convierte en una norma extraña del sistema jurídico interno (50).

Consideración del criterio de hecho del derecho extranjero.-

Según Husham Ali Sadig, la hipótesis de Batiffol llegó a un resultado muy equivocado. Si el traslado de la norma jurídica a través de las fronteras priva a aquella del elemento de "ordenar", el papel del "punto de conexión", será devolverle este elemento perdido. Sin embargo, permanece el Derecho extranjero conservando el carácter de extranjería, porque su contenido se ha construido fuera del territorio, pues procede de un legislador extranjero (51).

En la misma línea, dirige Shams Eddin Alwakil, otra crítica a Batiffol al afirmar que, la orden del legislador marcada por el punto de conexión de aplicar el Derecho extranjero, hacer conservar a éste último su condición de origen que poseyera en el Estado de donde proceda.

---

(50) Véase: Batiffol, aspects philosophique, ob. cit. pág.111, también su comentario, Tribunal francés de casación (de lo civil), 24 de Octubre, 1949, en Revue critique, 1.950, pág. 370.

(51) Véase: Husham Ali Sadig: La condición del Derecho extranjero ante la jurisdicción nacional, Alejandría, 1.968, pág. 1)4, Marty, la distinction du fait et du droit, Thèse, Paris, 1929, pág. 89.

Por tanto, la tesis de la sustentación con el criterio de hecho del Derecho extranjero -como dice Batiffol- produce un efecto absolutamente contrario a la construcción lógica de la noción del Derecho en general. La regla jurídica sea extranjera o nacional, es una regla de conducta general y absoluta para controles de orden en la comunidad y, gobernar las relaciones sociales entre individuos. Finalmente el poder público en el Estado se establece en orden a garantizar su aplicación y respeto por todo (52).

Aunque Batiffol destaca la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, en nuestra opinión su hipótesis conduce a resultados inadmisibles dentro del marco de la prueba y la interpretación del derecho extranjero. El destino al que conduce esta mencionada hipótesis ignora la realidad de las cosas y contrasta con la filosofía a que aspira la norma de conexión en pos de la aplicación del derecho extranjero. El legislador, de hecho, intenta aplicarlas al derecho extranjero, tal y como son interpretadas en el extranjero; como el derecho mas conforme con la naturaleza del conflicto y el más integro para las exigencias de la justicia. En fin, aquél cuya aplicación sirva a los intereses vitales del Estado de acuerdo con la política legislativa del legislador. Resulta, por lo tanto, difícil concluir estas consideraciones ya mencionadas si incorporamos la norma

---

(52) Véase; Shams Eddin el-wakil, Estudio comprado en la aprobación del Derecho extranjero y el control del Tribunal Supremo para su interpretación", Alejandría, 1.964, pág. 5, Rubier, *Theorie Générale du droit*, 2ème ed. Paris, 1.951, pág. 5; Mustafa Kamel Yassine: *Problème relatifs á l'application du droit étranger*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1.962, tome II (106), pág. 511.

extranjera al ordenamiento jurídico interno y la interpretamos conforme las comprensiones nacionales (53).

Tampoco vemos ningún contraste entre el mantenimiento de la cualidad de extranjería del Derecho extranjero y su naturaleza jurídica, porque es imaginable que el contenido de la norma jurídica se constituya fuera del ordenamiento del Estado, al igual que en el caso de la formación de la costumbre.

La costumbre, como norma jurídica, nace de un hecho y se consagra por su repetición pacífica, por todos consentida. La conducta repetida y aceptada fuera de los aparatos legislativos del Estado, da paso a la costumbre. Esta realidad no le hace perder su cualidad jurídica, especialmente cuando recupera el elemento de ordenar que le faltaba.

Así pues, consideramos la importancia de concentrarnos sobre el papel de la norma de conexión, la cual permite la intervención del Derecho extranjero en el Estado del juez.

---

(53) Vease; Motulsky, *L'office du juge et la loi étrangers*. Mélanges Maury, t.I. Paris, 1.960, pág. 360. Shams Eddin el-wakil, ob. cit. pág. 5. Wolff, *Private international law*, 2nd. ed. Oxford, 1.944, pág. 218. Izzaddin Abdalah, *El Derecho internacional privado egipcio*, t. II, 1.955, pág. 424. Mohamed Kamal Fahmy, *El Control del Tribunal Supremo sobre la aplicación del Derecho extranjero*, *Revista de Derecho y Economía*, sept. 1.963, pág. 356.

La separación entre la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento procesal:

Batiffol ha dado marcha atrás a su criterio de que el Derecho extranjero es un hecho , diciendo - que él no quiso comparar el Derecho extranjero con los hechos por los que se refiere a la naturaleza de este último, sino que quería significar que el tratamiento procesal del Derecho extranjero ha de ser igual que el de los hechos ante el foro (54).

Los argumentos de procedimiento:

Una gran parte de los juristas justifican su opinión de que el juez no está obligado a aplicar el Derecho extranjero, salvo en el caso de su invocación - por las partes, por razones no referidas a la naturaleza de ese Derecho, sino relacionadas con los principios generales en el Derecho procesal civil.

Estas razones son las que precisamente nos interesan particularmente, de acuerdo con el esquema - de nuestro estudio.

Señalamos, desde el principio, que hay una corriente que considera que no debe aplicar el juez el Derecho extranjero de oficio, porque no conoce sus - normativas y no debe, por lo tanto, suponer el conocimiento del mismo (55).

---

(54) Cit. en Husham Ali Sadig. ob. cit. pág. 117, también el prólogo de Batiffol a la Tesis de Zajtay, *La condition de la loi étrangère en dr. int. privé français*, Paris, 1.958, pág. 19.

(55) Cons. Dejardins, Clunet, 1.893, pág. 446, también Lerebours Pigeonnière et Loussouarn *Précis de droit international privé*, 8ème, ed. Dalloz, 1962 pág. 369.

Cabe destacar que "Motulsky" ha sostenido también esta opinión, cuando estableció que es un deber que el juez aplique el Derecho extranjero, lo que ha marcado la competencia de la regla de conexión; pero este deber no está conectado con ninguna sanción en caso de su infracción, porque al juez no se le supone el conocimiento del Derecho extranjero (56).

Nosotros consideramos que la obligación de aplicar el Derecho extranjero por el juez nacional no depende de la naturaleza de este Derecho, sino de la obligación del juez de conocerlo. Porque el supuesto conocimiento de la legislación nacional por parte del juez no se debe a la naturaleza de esa legislación, sino a la presunción de su publicación. Así la publicación referente a las leyes en el "Boletín Oficial", constituye una presunción de su conocimiento.

De igual modo, no debe suponer el conocimiento del juez del Derecho extranjero, porque no fue publicado en su país (57).

Volvemos a decir, que a pesar de que la cualidad jurídica del derecho extranjero no exige el supuesto de su conocimiento por el juez, no podemos sostener esa noción para justificar el hecho de no obligar al juez a aplicar el derecho extranjero de oficio, porque el excluir el principio del supuesto del conocimiento del juez de las normas jurídicas del ámbito del derecho extranjero, no significa su exención del deber de buscar su contenido y aplicarlo de oficio.

---

(56) Véase: Rev. Crt. 1.955, pág. 137 y sig.

(57) Véase: Boquel, De l'office du juge en matière d'application de lois étrangers, Thèse, Nancy, 1.923, pág. 57, Cons. también Shams Eddin el-wakil, ob. cit. - pág. 68.

El juez aplica las normas del Derecho automáticamente, porque su oficio le exige esta aplicación y no porque se suponga su conocimiento (58).

Como lógica consecuencia de la obligación del juez de aplicar el Derecho extranjero surge la obligación del juez de buscar su contenido porque la aplicación de la norma jurídica no es imaginable sin saber el contenido de la misma.

De ahí viene la íntima relación entre la noción de aplicar el Derecho extranjero y la búsqueda de su contenido o su prueba.

Aquí no vamos a abordar la búsqueda del derecho extranjero y los problemas que pueden provocar o limitar el poder del juez al aplicarlo, tema que será objeto del siguiente capítulo.

Basta, aquí afirmar una vez mas lo que acabamos de mencionar sobre la dificultad en la búsqueda del Derecho extranjero y que la no suposición de su conocimiento por el juez no es un motivo en si mismo para eximir al juez de su obligación de aplicar ese derecho en cumplimiento de la orden del legislador en virtud de las normas del Derecho internacional privado.

---

(58) Véase: Chevallier, J. La charge de la Preuve, Cours de droit civil approfondie Cours de doctorat (polycopies), Paris, 1.958/59, pág. 53, cit. en Husham Ali Sadig. ob. cit. pág. 122.

El alcance de la restricción del poder del juez en la aplicación del derecho extranjero por la soberanía de las partes en el proceso.-

Algunos han definido la tesis de que las partes deben invocar la aplicación del Derecho extranjero al principio de la soberanía de las partes del proceso, lo cual exige el ceñimiento del juez a las alegaciones de los litigantes tal como obran en sus pretensiones (59).

Nosotros no estamos de acuerdo con esa opinión pues, el juez se obliga a aplicar el derecho extranjero de oficio por mandato del legislador en virtud de la norma de "conexión" que ha conferido el carácter obligatorio a la norma extranjera ante el foro (60).

La abstención del juez para no aplicar el Derecho extranjero, constituye una ignorancia de la naturaleza jurídica del mismo y una clara negación de la fuerza obligatoria de la norma de "conexión" cosa difícil de aceptar.

De ahí deriva el problema de la obligación del juez de aplicar el Derecho extranjero como problema conectado básicamente con su obligación de aplicar

---

(58) Vease: Nibotyet: *Traité de droit international Privé*. Tome II, Paris, 1944, pág. 959

(59) Vease: Boque, *De l'office du juge ...*, ob. cit, pág. 56, también Giuliano, *le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systemes juridiques continentaux*, Rev. int. de dr. comparé, num. 1, 1962, pág. 5 y sigs, especialmente págs. 7 y 21 y margen 69.

las normas nacionales (60).

Realidad esta que, algunos han expresado diciendo que "el juez, cuando aplica el Derecho extranjero, siente desde el punto de vista lo psicológico y lo mental, que ejerce una labor idéntica a la que realiza cuando aplica el Derecho patria (61).

De otro lado, si debiendo el juez aplicar las - leyes que respondan objetivamente a los hechos del - conflicto aunque las partes no lo invoquen, ¿cómo, - entonces, podemos decir que el juez no aplica la norma de "conexión" hasta que las partes invoquen la aplicación del derecho extranjero?, ¿no constituye eso una infracción en la distinción entre el hecho y el derecho como fundamento de la distinción de los cometidos de los jueces y los litigantes en el proceso civil?(62)

No cabe duda que la perfecta aplicación de los principios generales del derecho procesal civil conduce al hecho de que el juez ~~se~~ obliga a aplicar de oficio - el derecho extranjero al que le lleva la norma de conexión, sin que su poder quede limitado mas que por las restricciones procesales ya mencionadas.

---

(60) Vease: Arminjon, *próces de droit international Privé*, 3<sup>ème</sup> ed. Tome I, Paris, 1947, pág. 91 y 92. Cyrille David, *La loi étrangere devant le juge du fond*. Thèse, Paris, 1965 pág. 87.

(61) Cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág. 125

(62) Vease: Motúlsky, *l'office du juge...* ob. cit. pág. 363



Ahora bien, ¿se encaja este resultado que acabamos de concluir con las resoluciones establecidas en el derecho internacional privado comparado?

La respuesta a este interrogante nos exige - abordar el estudio del principio de la soberanía de las partes aplicado en el ámbito jurídico del proceso; para ver el alcance de su efecto sobre la obligación del juez en la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma del conflicto.

La relación entre la norma de conexión y el orden público :

Hemos hecho referencia a que el principio de la soberanía de las partes se aplica básicamente al ámbito de los hechos, y que el juez se le confiere un pleno poder para aplicar la ley sobre los hechos como - vienen sostenidos por las partes. No obstante hemos añadido que también dicho principio tiene una aplicación de gran envergadura en el ámbito del derecho donde las partes pueden excluir las normas que no se refieren al orden público.

El interrogante es: ¿pueden las partes excluir el derecho extranjero y sostener las normativas del derecho patrio? Es decir, ¿se consideran las normas nacionales de conexión de orden público? Eso es lo que intentaremos abordar en la siguiente sección.

SECCION V

La norma de conexión no se considera de  
orden público si indica la competencia -  
del derecho extranjero

La "Cour de Cassation" francesa ha contestado negativamente a este interrogante en el famoso caso "Bisbal", estableciendo que "las normas de conflicto de leyes de Francia, no se consideran de orden público al menos cuando se refieren a la competencia de una ley extranjera, es decir, las partes deben invocar la aplicación de esa ley. Por consiguiente, los jueces no aplican el derecho extranjero de oficio sino el patrio que será competente para regular todas las relaciones del Derecho privado" (63).

Importa recalcar que el juez de la causa ha aplicado el derecho francés en el caso "Bisbal", fallando y divorciando a la pareja española. La esposa impugnó la sentencia ante la "cour de cassation" alegando - que el juez de la causa no había aplicado de oficio la ley aplicable, al mencionado caso, como así lo prescriben las normas de conexión francesa, el alto tribunal rechazó la impugnación justificando su postura por las razones que hemosaludido.

Observaciones Críticas: A nuestro modo de entender, podemos hacer las objeciones siguientes al comportamiento de la "cour de cassation" francesa:

- Primera.- ¿Qué relación tiene el supuesto de que la norma de conexión no se considere de orden público en el mencionado caso -al suponer que es verdad-

---

(63) Véase: La Cour de Cassation francesa (lo de civil) 12 de mayo 1.959, Ref. crit. de dr. int. privé 1960, pág. 62 y el comentario de Batiffol; Dalloz 1960, pág. 610 y el comentario de Malaurie (el criterio de la Cour de Cassation francesa casi expresa la opinión de Batiffol, véase su Traité ob.cit. pág. 391 y sigs.).

con el supuesto de que el juez no se vea obligado a aplicarla de oficio?. Este criterio del Tribunal francés constituye una denegación a la naturaleza jurídica de la norma de "conexión" lo que es difícil de admitir (64).

Ya hemos afirmado la naturaleza jurídica de esa norma, lo que trae consigo la obligación del juez de aplicarla de oficio (65).

No cambia la situación el hecho de que la norma de conexión no sea de orden público, pues las normas complementarias, igual que las imperativas, son de todas maneras obligatorias para el juez (66).

- 
- (64) Véase: Cyille David, *La loi étrangère...* Thèse Paris 1965, ob. cit. páq. 87, Batiffol, *Traité élémentaire...* ob. cit. páq. 851. También art. 493 de Derecho Procesal Civil de Egipto.
- (65) Véase: Holleaux, en su réplica al informe de - Maurv; la condición de la loi étrangère en droit international privé (1948-1952), Paris, páq. 125 "Debiendo el juez aplicar el Derecho extranjero de oficio, ello no se considera como mero derecho o deber... sino una obligación de oficio.
- (66) Véase: Mutolsky, *La cause de la demande dans la delimitation de l'office de juge*, Dalloz, 1964, páq. 243; *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, Melanges Savotier, Paris 1965, páq. 387, *l'office de juge...* ob. cit. páq. 342; cons. también la recíproca de Mutolsky al informe de Loussouarn, *Le control pour la Cour de Cassation de l'application des lois étrangères* Travaux du Comité françois de droit international Privé (1962-1964), páq. 169. Shams Eddin el wakil la teoría general del derecho, 1a. ed. Alejandría, 1964, páq. 111. Cons. también la opinión contrario de Malaurie, Note sous cass. civ. 18 mars 1955. Dalloz 1956, páq. 521 al decir que "el juez no se ve obligado a aplicar la norma jurídica de oficio en tanto en cuanto no se refiera al orden público", no obstante Malaurie ha dado marcha atrás a su criterio; véase su comentario sobre la sentencia de "Bisbal", Dalloz, 1960, páq. 612, cit. en Husham Ali Saig, ob. cit. páq. 130.

No debemos confundir la fuerza obligatoria de la norma jurídica con su carácter imperativo. La - confusión en la decisión de la "cour de cassation" francesa se debe, en nuestra opinión, a esa confusión y a la creencia de que el carácter obligatorio es sinónimo a su carácter imperativo (67).

De hecho, no existe coincidencia ninguna entre - las dos nociones, pues la norma jurídica es siempre obligatoria al juez, o sea se obliga a aplicarla en todas formas, tanto si se refiere al orden público como si no. Lo que ocurre es que las partes pueden no hacer uso de su facultad de sostener la norma complementaria y excluir su normativa. Ya hemos visto que el juez exige que la exclusión sea expresa.

El silencio de las partes interpretado como declinatoria de aplicación de dicha norma no se interpreta como cesión de la misma; antes bien, el sostener - las normativas del derecho patrio no significa en - absoluto que han cesado de la aplicación del derecho - extranjero que cita su competencia la norma de conexión.

Veremos mas adelante que el juez francés aplica el derecho extranjero de oficio y en todos los casos, siempre que él conozca su contenido.

En conclusión la norma complementaria es siempre aplicable en tanto en cuanto las partes no la excluyan expresamente.

---

((67) Véase: Motulsky - L'evolution récente .. ob. cit. pág. 387, Husham Ali Sadig. ob. cit. pág. 130

- Segunda.- De otro lado, nos preguntamos: ¿En base a qué ha decidido la "Cour de Cassation" francesa que la norma de "conexión" no es de orden público cuando esta citó la competencia del Derecho extranjero?. No cabe duda de que esta decisión añade al Derecho internacional privado un calor político y hace pensar que el legislador nacional no atiende a las normas de conexión mas que velando por los intereses nacionales (68).

Este resultado se contradice, a nuestro juicio, con la filosofía de la legislación. Aunque no negamos que el legislador pretende con la regulación de las normas de conexión el interés nacional, exageramos al decir que la realización de justicia en sí misma es un asunto que está muy lejos de estos intereses (69).

Por el contrario, la aplicación de las leyes extranjeras en las relaciones con elemento extranjero responde, a nuestro modo de entender, a los intereses de justicia que el legislador pretenda realizar: fomentar la inmigración de o al territorio o esperar un tratamiento de reciprocidad con sus nacionales en el exterior, o algo parecido de pura política legislativa... Por eso no se debe negar el carácter imperativo de la norma de conexión por el mero hecho de indicar la aplicación de un derecho extranjero.

---

(68) Véase: Malaurie, ob.cit. pág. 612, Cons. también la Cour de appelation de Paris de 21 de junio de 1955 en, rev. crit. de dr. int. privé, pág. 529 y el comentario de Batiffol, Rev. crit. de dr. int. privé, 1959, pág. 708.

(69) Vease: Malaurie, ob. cit. pág. 612.

No cabe duda que la obligación del juez al aplicar el derecho extranjero en el caso "Bisbal" responde a los intereses nacionales y a la filosofía - de la norma que dispone la aplicación de la ley de la nacionalidad de los cónyuges en la demanda de divorcio presentada por uno de ellos, pretende al menos proteger a la familia y a su estabilidad, al aplicar - la ley mas cercana a la naturaleza de la relación.

Tampoco estas consideraciones son ajenas al interés nacional. Por el contrario, una necesidad la exige de las reglas de justicia, con lo que trae consigo de tranquilidad a los residentes en el territorio. De - ahí que algunos hayan venido a decir que la aplicación del Derecho español en el mencionado caso "Bisbal" - responde a consideraciones de orden público (70).

Esa misma razón aumenta la equivocación del tribunal de la causa al no aplicar de oficio el derecho extranjero, máxime cuando no había ninguna dificultad para su aplicación por ser conocidas las normativas del derecho español, por todo el mundo en Francia: incluso el hombre de la calle sabe que el derecho español prohíbe el divorcio.

---

(70) Véase: Malaurie, ob. cit. pág. 612.

La norma de conexión es de orden público en los casos en que se mantenga, si mantiene este carácter también en el derecho interno

Las consideraciones anteriormente dichas, han impulsado a Batiffol a dar marcha atrás en la defensa del criterio de que "el juez no está obligado a aplicar el Derecho extranjero de oficio en base a que la norma de conexión no se refiere al orden público, al menos, cuando confiere esta competencia a ese Derecho, por decir que, originariamente, competencia será la del derecho francés para regir todas las relaciones del derecho privado.(71)

Sin embargo, Batiffol, decidió ultimamente, que la norma de conexión se considera de orden público - en todos los aspectos que se refieren a este carácter dentro del marco del derecho interno y, que las partes no pueden excluir su normativa aplicable, para acabar diciendo que el juez se obliga a aplicar de oficio el derecho extranjero que cifra su competencia en la norma de conexión.(72)

La mayoría de la doctrina francesa ha apoyado ese criterio y fue también adoptado en algunas sentencias( 73)

(71) Véase: Batiffol, *Traité élémentaire de droit international Privé*, 3<sup>ème</sup>, ed. Paris, 1959, págs.391 y 404. Husham Ali Sadig. ob.cit. pág. 136

(72) Véase:El comentario de Batiffol sobre la sentencia del caso "Disbal" en *Rev.Crit.de dr.int.Privé*.1960, pág. 634 y sigs. y también su comentario sobre la sentencia "Allemes" en el mismo *Rivue*,1953, pág. 368 -Batiffol comenta"si el juez ignora las normativas del derecho extranjero, debe entonces pedir que las partes las prueben, y si no pueden, él - debe rechazar la demanda. No debe aplicar el derecho patrio, al menos que ellas muestren la imposibilidad de probar el derecho extranjero"cit.en - Husham Ali Sadig. ob.cit. margen pág.136.

(73) Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág.136 y sigs.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo estableció el 2 de marzo de 1.960 que el tribunal de la causa debe aplicar el derecho extranjero de oficio, aunque ello no afecta al orden público (74). Batiffol se preguntó comentando esa sentencia ¿se puede deducir -sensu contrario- que el juez se obliga a aplicar el derecho extranjero de oficio cuando se relaciona el asunto con el orden público?. (75)

Algunos han sostenido que, si el Tribunal - Supremo faculta el Tribunal de la Causa para que aplique el derecho extranjero de oficio a pesar de que - el conflicto no se relaciona con el orden público, - ello sería como una facultad -a fortiori- si el asunto afecta en realidad al orden público.

Para Husham Ali Sadig, es difícil entregarse -como opina Batiffol- convirtiendo esa facultad o licencia en una obligación, aplicando el concepto "a fortiori" (76).

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de - París del 6 de abril de 1.962, vino a comprobar lo que había deducido Batiffol(77) . Dicho Tribunal, - después de haber repetido en su considerando el - principio adoptado en la sentencia de Bisbal, de que las normas nacionales de conexión no se relacionan con el orden público por lo menos cuando se refieren a la competencia del derecho extranjero; dicho tribunal, repito, ha vuelto a establecer el deber de apli-

---

(74) Véase: Rev.Crit.1960, pág.97 y Clunet,1961,pág.410

(75) Véase: Coment.de Batiffol, Rev.crit.1960, pág.97 y sigs.

(76) Véase: Husham Ali Sadig.ob.cit. pág.137

(77) Véase: La sentencia"Allemes"de 6 de Abril de 1962, Rev.crit.1963,pág.364 y el comentario de Batiffol, Clunet, 1963,pág.132 y también el comentario de Goldman.



car el derecho francés invocado por las partes, "el que tiene -con la excepción de los casos de fraude- vigencia en las relaciones del derecho privado"

Alguno ha concluido a tenor de esa sentencia, que aunque el derecho francés, por regla general, tiene la vigencia en todas las relaciones del derecho privado, ese principio queda restringido por los -preceptos que no se relacionan con el orden público - en el derecho interno, puesto que las partes pueden invocar las normas del derecho interno debiendo el - juez, por consiguiente, aplicarla pese a su convencimiento de que infringe la norma de conexión.

Por lo que se refiere a las disposiciones referentes al orden público en el derecho interno, las partes no pueden evitar la aplicación de la norma nacional de conexión que se refiere al orden público - y, el juez debe elaborarla de oficio y aplicar el derecho a que esa norma refiere su competencia (78).

La filosofía de la legislación afirma el carácter obligatorio de las normas de conexión en todos los casos:

La evaluación del alcance entre las relaciones de las normas del derecho internacional privado y el orden público no se estiman, a nuestro juicio, sino -volvemos a la filosofía que pretendía el legislador - mediante la regulación del concepto del conflicto de - leyes.

---

(78) Véase: Batiffol, Rev. crit.1963, pág.369, Goldman y Clunet, 1963, pág.138, Bellet, Note sous Avesnes -sur- Helpe, Rev. Crit.1965,pág.133.

Creemos que la filosofía de la legislación afirma siempre la vinculación de las normas de conexión con el orden público.

"El legislador cuando someta un determinado asunto referente al Derecho privado, a un derecho determinado, lo hace creyendo que ese derecho es el mas apto para regir ese asunto... y el que mejor cumple las exigencias de justicia... son en suma consideraciones conectadas con la política legislativa, lo que entra en la pura noción del orden público.(79)

De todas formas, como la norma de conexión es primeramente norma jurídica en segundo lugar se conecta con el orden público, el juez se obliga a elaborarla de oficio, de una parte, y las partes no pueden excluirla de otra. Pero el interrogante es ¿el hecho de que la norma de conexión sea de orden público, significa que las partes no pueden, en absoluto, excluir la normativa del derecho extranjero a que esa norma refiere su competencia?.

El carácter imperativo de la norma de conexión no -  
impide que las partes excluyan el derecho extranjero  
en algunos supuestos

Según nuestro modo de entender, no hay por qué decir que las partes no puedan excluir la normativa del derecho extranjero que refiere su competencia a la - norma de conexión por cuanto ese derecho no se relaciona con el orden público de acuerdo con los principios - prevaletentes en el ordenamiento jurídico del mismo.

---

(79) Véase: Mohamed Kamal Fahmy, el control del Tribunal Supremo sobre la aplicación del Derecho extranjero, Revista de Derecho y economía, 1963, pág.356 Para Husham Ali Sadig, Fahmy era el primero que - opinaba ese criterio, ob.cit.pág.141

De hecho, este problema concierne, más bien al tema de la interpretación del derecho extranjero. Veremos que el juez interpreta el derecho extranjero de igual manera que este se interpreta en el extranjero, para que dé al conflicto en cuestión la solución mas acorde con las soluciones prevalecientes en la - jurisdicción extranjera, lo cual coincide con la filosofía a que atiende el legislador cuando legisla - la norma nacional de conexión.

Como consecuencia de ello, no se puede fallar si las partes tienen o no derecho a excluir algunas - de las normativas del derecho extranjero competente, hasta volver a los principios generales en este derecho. Pero si la norma extranjera aplicable es una norma imperativa en el ordenamiento jurídico extranjero, que fue establecida expresamente para las partes, en - tal caso, no pueden excluir su normativa siquiera ser consciente con una cuestión que no se trate de orden público en el estado del juez.

Decir lo contrario, facultando a las partes el derecho de excluir los preceptos extranjeros, en dicho caso, conducirá sin duda, a la derogación de la norma imperativa en el derecho extranjero, lo que va contra la filosofía de la legislación (80).

---

(80) No obstante, la mayoría de la doctrina francesa es contraria a esta hipótesis, pues esa doctrina faculta a las partes el derecho de excluir la - norma del derecho extranjero por cuanto, el asunto no se trata de orden público interno. Cyrille David, Thèse, ob. cit. pág. 76 y sigs.

Y al contrario, si la norma extranjera competente no es de orden público en el estado de donde - procede, las partes pueden no hacer uso de ella, en tanto en cuanto esa abstención no afecta al orden público en el estado del juez, de acuerdo con la concepción dada en el derecho internacional.

Por último destacamos que la norma de conexión por ser de orden público, significa la privación de las partes del derecho de abstenerse y la vuelta de invocarla al Derecho extranjero que citó su competencia originariamente.

La exclusión de la norma extranjera por las partes, en tal caso, priva a esta de su condición de aplicabilidad de oficio, y además, hace legítimo - cualquier acuerdo contrario a su aplicación entre las partes en virtud de las normas del derecho extranjero mismo.

Llegamos así a la necesidad de que el juez vuelva al derecho extranjero competente, en todos los casos y examine los principios prevalecientes en él originariamente, reconociendo a las partes el derecho de excluir, la norma nacional de conexión por ser siempre de orden público interno. Ahora surge el interrogante de cuál será la postura de los Tribunales de Egipto, acerca de este problema.

El Tribunal de Casación de Egipto ha examinado el problema de manera accidental:

El Tribunal de Casación de Egipto ha examinado el tema, con ocasión de conocer del asunto del conflicto móvil de las normas de conexión, se trata en concre-

to de un conflicto referente al alcance de la legitimidad de la aplicación del Art. 14, del Código Civil, por el Tribunal de la Causa, artículo que fue redactado como excepción a lo establecido en el art.13 de dicho código.

En este Art. 13, los efectos del matrimonio, el divorcio y la separación del cuerpo se someten a la nacionalidad del marido. En virtud del art. citado se aplica el derecho egipcio en todos los casos en que uno de los conyuges fuera egipcio en el momento de celebrar el contrato.

El asunto conocido por el Tribunal se trata de un matrimonio que fue celebrado antes de que entrara en vigor el Art. 13 , la impugnación de la sentencia del tribunal de la causa se basa en una infracción de la ley por haber sometido la relación jurídica entre los cónyuges al derecho egipcio de acuerdo con el art. 14 del código civil que impuso la excepción, y - como el matrimonio fue celebrado antes de que entrara en vigor ese artículo y bajo una norma de conexión, cuando no parecía ninguna excepción, se considera equivocada la sentencia por haber dado a la norma de conexión establecida en el art. 14 del código civil, un - efecto retroactivo de relaciones jurídicas.

El tribunal de casación ha rechazado la impugnación en su sentencia de 17 de nov. de 1.960 estableciendo que "el precepto del Art. 14 del Código Civil es un precepto imperativo y de orden público que tiene efecto inmediato y que el contrato del matrimonio no confiere a ninguno de los cónyuges, por lo que se refiere al divorcio o separación judicial, ningún derecho que sbbrevenga después de su celebración, lo - que permite, por lo tanto, la vigencia de otra ley al

respecto" (81).

A pesar del razonamiento dado por el mencionado Tribunal de Casación que concuerda con los principios generales del conflicto de leyes en el tiempo que exige la aplicación de la nueva ley, y con carácter inmediato sin alegar el carácter imperativo de la misma (82), no obstante esa justificación ha descubierto, de todas maneras la opinión del Tribunal a que se refiere el alcance de la relación de dicha norma con el orden público.

En efecto, el art. 14 como norma de conexión en el derecho egipcio, se relaciona con el orden público de acuerdo con la decisión de dicho tribunal; ahora bien, ¿se puede deducir de esto la afirmación del tribunal, de que las normas de conexión se relacionan, por lo general y en todos los casos, con el orden público?.

A nuestro entender, es difícil concluir este resultado de dicha sentencia. Ello se debe a dos razones:

Primera.- El art. 14 señala la aplicabilidad del derecho patrio, lo que disminuye la importancia - de sostener dicha sentencia el principio de que los - puntos de contacto se refieren siempre al orden público.

---

(81) Véase: Colección de jurisprudencia del Tribunal de Casación de Egipto, año II, núm. 91, pág. 583.

(82) Véase: Id., pág 583.

Segunda.- Dicho artículo regula los conflictos referentes a las relaciones conyugales, o sea asuntos de Estatuto personal y como tales son de orden público en el derecho interno. Resulta difícil, - por consiguiente, concluir lo que ha establecido el - tribunal egipcio de casación que tanto la imperatividad del art. 14 como las normas de conflicto son, en todos los casos, de orden público.

Ya hemos mostrado que la línea general de los tribunales franceses se inclina por facultar a los - jueces, aplicación del derecho extranjero de oficio, - sin obligar al juez a hacerlo, lo que se contrasta - con los principios generales que rigen el papel del - juez en el proceso civil.

Hemos visto también, que el juez se obliga a - aplicar el derecho extranjero de oficio de igual modo que se obliga a aplicar el derecho patrio, ya que la - elaboración de la norma conflictual conduce, necesariamente, a la necesidad de aplicar el derecho extranjero en que esa norma retrae su aplicación.

También hemos señalado que la filosofía de la legislación afirma que las normas de contacto son siempre de orden público, lo que quiere decir que las partes no pueden, a nuestro entender, excluir de modo alguno la aplicabilidad de las mismas. Consiguientemente, el juez debe siempre aplicar el derecho extranjero al cual esas normas refieren su competencia. No obstante, las partes, si las normas de este no son de orden público de acuerdo con los principios prevalecientes en el Estado extranjero de donde procede.

Y como el juez al aplicar las normas del Derecho -en términos generales- no puede cambiar la construcción real del pleito tal como las partes lo sostienen, resulta natural que se le prohíba - tanto en Francia como en Egipto, cambiar el contenido o la causa de la demanda.

De ahí que la regla de prohibir al juez - cambiar el contenido o la causa de la demanda, no sea mas que una aplicación del ámbito de distinción entre el hecho y el derecho como base para distribuir los cometidos del juez y las partes en el proceso, y no constituya, por consiguiente, ningún obstáculo de procedimiento que limite el poder del juez en el momento de aplicar la ley de oficio.

Ahora bien, se pregunta: ¿se acredita dicha conclusión por lo que se refiere al poder del juez al - aplicar la ley extranjera?.



SECCION VI

Reglas que prohíben al juez cambiar el contenido de la demanda y el efecto de esta sobre el poder del mismo en la aplicación del derecho extranjero

Concepto.- Hemos mostrado que los Tribunales tanto en Francia como en Egipto, prohíben al juez cambiar el contenido de la demanda en el ámbito de las relaciones puramente nacionales.

Basándonos en que este tipo de cambio constituye un quebrantamiento de la neutralidad del juez en el ámbito de los hechos y es además una violación de su obligación a no fallar en mas de lo que las partes han alegado.

Tambien, hemos llegado a la conclusión de que dicho principio no supone ninguna restricción del poder del juez para aplicar el derecho a los hechos del conflicto tal como lo sostienen las partes.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo en lo que se refiere al papel que el juez desempeña cuando aplica el derecho extranjero?.

La regla de prohibir al juez el cambio del contenido de la demanda no supone un obstaculo real en su poder de aplicar el derecho extranjero

A nuestro juicio, no tiene porqué cambiar la situación si el conflicto tiene carácter internacional, ya que ni el derecho patrio ni el extranjero

se consideran como contenido de la demanda en este caso, para decir que fallando en virtud de este último; ni siquiera el caso de que las partes invoquen las normativas del derecho patrio, cabe cambiar el contenido de la demanda; el juez debe abstenerse de hacerlo.

Por tanto, el contenido de la demanda en los conflictos de carácter internacional, será un tema - de derecho civil o mercantil, etc. como objeto de - exámen, y por lo tanto, el contenido de la demanda de un francés que plantea un pleito de divorcio de su - mujer de nacionalidad inglesa ante los tribunales - egipcios es, "el divorciö" o sea el "asunto de derecho civil como objeto para examinarlo", o "el resultado social o económico que este pretende de enjuiciar" (83).

Pero la aplicación del derecho extranjero reclamando por la norma de conexión, no es mas que un medio de defensa detras de la cual el demandante trata de confirmar su pretensión (84).

---

(83) Véase: Batiffol, Traite, ob.cit. pág. 392, Motulsky Le Role respectif du juge et des parties dans les allegation des fait, Paris, 1959, pág. 361, también l'office du juge, ob. cit. pág. 342.

(84) Véase: Curille David, La loi etrangere, ob.cit. pág. 55, Batiffol, Traité pág.392.

Este sentido que acabamos de exponer, afirma lo ya establecido por los tribunales al admitir en primera instancia la pretensión de aplicar el derecho extranjero ante el tribunal de apelación en base a un nuevo medio defensivo y no a una nueva demanda (85).

Esto mismo coincide también con la noción - de que la meta final del derecho internacional privado está en dar soluciones incólumes a los litigios de carácter internacional y no en dar soluciones a estos litigios desde el punto de vista de los conflictos de soberanía(86).

Si esto es así, la aplicación del Derecho extranjero no invocado por las partes no se considera como cambio del contenido de la demanda, y no forma - consiguientemente una restricción sobre el poder del juez para aplicar el derecho en general.

El deber de ampliar la noción del contenido de la demanda como respuesta a las consideraciones internacionales

No obstante la aplicación del derecho extranjero, en los conflictos internacionales, puede aparejarse a - un cambio en la demanda, tal y como hemos expuesto. Por ejemplo, una alemana demanda a un francés, ante los tribunales franceses, alegando que este último es el padre de su hijo natural, e invoca la aplicación del derecho francés a pesar de que la ley aplicable en este supuesto es la alemana, de acuerdo con las normas conflictuales

(85) Véase: Cyrille David, *La loi étrangère*, ob.cit.pág. 55, Batiffol, *Traité* pag.392

(86) Véase: Note sous cass. civ. français. 23, juin, 1908.

del derecho francés. Ahora bien, ¿debe el juez aplicar el derecho alemán de oficio en este caso?.

Sebemos subrayar primeramente, que la concepción de filiación natural es distinta en Alemania y Francia. El único efecto de la filiación natural en Alemania se concentra en la obligación de pagar los gastos necesarios para el hijo natural (87).

Esto es, si la mujer, en el anterior ejemplo, no ha sostenido la aplicación de la ley alemana, la aplicación de oficio de esa ley supondría un cambio del contenido de la demanda.

Algunos opinan que es difícil negar este resultado (88). Evidentemente, el contenido de la demanda en este caso es la declaración de la filiación del hijo natural y no la reclamación de la aplicación de una ley u otra.

Así, podemos imaginar cómo conduce las aplicaciones del juez. ¿Podemos entonces deducir de esto el deber de prohibir al juez la aplicación del derecho extranjero de oficio en estos casos?.

Algunos opinan que el asunto no es más que una cuestión de calificación que se remite a la discrecionalidad del juez (89). La encargada de hacer la

---

(87) Cit. en Husham Ali Sadig, La condición de la ley extranjera, ob.cit. pág. 153 y sigs.

(88) Véase: Cyrille David, La loi étrangère devant le juge du fond, ob. cit. pág. 57

(89) Véase: Cyrille David. ob.cit. pág. 57

la calificación, conforme la opinión mas distinguida en Francia, es la ley del juez (90) que es la misma solución establecida por el legislador egipcio expresamente en el art. 10 del Código Civil. Dicho de otro modo, no es preciso asemejar la noción de filiación natural en el derecho interno francés con la del derecho alemán, de acuerdo con la norma de conexión francesa. Ello se debe a que las normas de conexión fueron establecidas "para afrontar relaciones internacionales y que estas relaciones no se concuerden completamente con las relaciones internas"(91).

El deber del juez, en el citado ejemplo, es calificar el contenido de la demanda que guarda relación con la filiación natural de acuerdo con la concepción francesa, aunque si considera que el sentido de la noción de filiación natural en Alemania se distingue un poco de su sentido en Francia, y llega a esta calificación a título de cuestión previa necesaria para la interpretación de la norma de conexión nacional, deberá aplicar entonces el derecho extranjero al que remite su competencia esa norma (92).

---

(91) Véase: Shams Eddin el-wakil, curso de Derecho internacional privado, facultad de derecho, Alejandría, 1961/62 pág.42

(92) Bartin, se ha sostenido en justificar su tesis, en someter la calificación a la ley del juez, a la noción de la soberanía. Pues el legislador nacional - cuando permite la aplicación de una ley extranjera, él cede de una parte de su soberanía y por consiguiente, y como es natural, se delimita la cuantía y el límite del cese de acuerdo con el derecho nacional mismo. Principes de droit., ob. cit., pág.228 y sigs. La doctrina ha dado marcha atrás a esta justificación que no ha dejado de concordar con el pensamiento jurídico moderno. La sumisión de la calificación a la ley del juez se sostiene básicamente a que ello es un proceso necesario para interpretar la norma nacional de conexión. Véase: Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág.39 también Husham Ali Sadig, ob.cit. margen pág. 155.

Puesto que la regulación del conflicto supone básicamente una diferencia entre sistemas extraños y nacionales en muchos de sus detalles; además, la diferencia puede afectar a los fundamentos y principios generales, y ante éstas consideraciones, las reglas nacionales de procedimiento no pueden constituir un obstáculo para la aplicación del derecho extranjero.

La regla que prohíbe al juez cambiar la causa de la demanda y su efecto sobre su poder en la aplicación del derecho extranjero

Concepto.- La causa de la demanda es el conjunto de hechos invocados por el demandante en apoyo de sus pretensiones; y como decimos, al hablar del principio de soberanía de las partes en el proceso, que la regla de prohibir al juez cambiar la causa de la demanda, no constituye un obstáculo de procedimiento para que la regla de prohibir al juez cambiar la causa de la demanda, no constituye un obstáculo de procedimiento para que éste no pueda aplicar de oficio las normas del derecho.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo cuando se trata de la aplicación de un derecho extranjero?

La regla que prohíbe al juez cambiar la causa, no forma una restricción real sobre su poder en la aplicación del derecho extranjero

Subrayemos, primeramente, que la regla que prohíbe al juez cambiar la causa de la demanda, no provoca ninguna dificultad, sobre todo a los que se refiere al poder de éste en la aplicación del derecho extranjero, en tanto en cuanto las partes no hayan invocado ninguna norma -

jurídica para apoyar sus pretensiones. Pues es un supuesto que ocurre raramente, pero de todos modos es imaginable en la práctica.

Pues la aplicación del juez al derecho extranjero, de oficio, no constituye un cambio en la causa ni siquiera el admitir las hipótesis que dibujan esta última como fundamento jurídico del proceso.

Al prohibir al juez aplicar el derecho extranjero en este supuesto, es inimaginable, lógicamente, en tanto en cuanto lo tratemos como hecho, por consiguiente, las partes deben invocar su aplicación para que el juez lo tenga en consideración. Ya hemos rechazado esa hipótesis y su fundamento. (93).

Por otra parte no debemos concluir la postura de los tribunales franceses, que imponen la obligación al juez de aplicar el derecho extranjero con la condición de que las partes invoquen su aplicación; no debemos sacar la conclusión de que este derecho se considere como hecho. Ya hemos visto que los tribunales franceses facultan a los jueces el derecho de aplicar la ley extranjera de oficio, lo que afirma, a nuestro juicio, la equivocación de sostener la cualidad de hecho del derecho extranjero.

No obstante, si las partes han invocado las normativas del derecho patrio a pesar de que el conflicto incluye un elemento extranjero, lo que exige por consiguiente la aplicación de un determinado derecho extranjero,, ello es imaginable -desde el punto

---

(93) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.59.

de vista procesal- impedir que el juez aplique ese derecho invocado por la norma nacional de conexión, siempre que mantenemos las teorías que consideran "La Causa" como una noción jurídica (94).

Pues la aplicación del derecho extranjero en este caso, se considera un cambio de la causa de la demanda, tal como las partes la sostienen.

No obstante, la postura de los tribunales - franceses apoyan la hipótesis de que la causa es - una noción de hecho, y a afirman por lo tanto la invocación de las normativas del derecho patrio, por las partes no impide que el juez aplique el derecho extranjero citado por la misma norma nacional de conexión. (95).

---

(94) La mayoría de la doctrina se acuerda de que el punto de partida es que la causa es una noción jurídica necesariamente, ella es el fundamento jurídico del proceso tal como las partes la sostienen, aunque los partidarios de esta corriente de opinión no estén de acuerdo acerca de la delimitación del sentido de esta noción. Véase: Morel, *Traité élémentaire de procédure civile* 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1949, pág. 287, - Aubry et Rau, *droit civil français*, 6<sup>ème</sup> édition, tome XII (par Esmein, Paris, 1958, pág. 356, Gilli, *la cause juridique de la demande en justice*, These, Paris, 1962, pág. 76, Cuche et Vincent, *Précis de Procédure civile*. Dalloz 1963, 13<sup>ème</sup> édition, pag. 330. Abdelmoneim Ashargawi, *compendio de Derecho procesal civil y mercantil*, El Cairo, 1951, pág. 304, y Ahmaad Abulwafa, *Derecho procesal civil*, 3a.ed. Alejandría, 1955, pág. 693.

(95) Véase: Husham Ali Sadig. ob.cit. pág. 165



De acuerdo con lo expuesto la regla que prohíbe al juez cambiar la causa de la demanda, no constituye un obstáculo de procedimiento que limita el poder del juez en aplicar el derecho extranjero de oficio. No cabe duda que este lógico resultado se debe a que el derecho extranjero no se considera como hecho en el proceso, y por lo tanto el poder del juez en aplicarlo de oficio, no se restringe por la voluntad de las partes.

El efecto indirecto de la regla, que prohíbe al juez cambiar la causa sobre su poder en la aplicación del derecho extranjero:

Si la obligación del juez al aplicar el derecho extranjero lo dicta, los principios generales que rigen el papel de éste en el proceso civil, esta obligación, no obstante, se restringe también y, de acuerdo con estos mismos principios al no conducir a un cambio la estructura real del proceso, o sea cambiar la causa de la demanda.

La obligación del juez a respetar los derechos de las partes en la defensa y su alcance sobre su poder en la aplicación del derecho extranjero:

La importancia de respetar los derechos de la defensa al aplicar las leyes extranjeras:

Ya hemos señalado que los hechos son la esfera natural para cumplir el principio de respetar los derechos de la defensa. Pero, como por lo que se refie -

re al derecho, por lo general, el juez no se restringe en la aplicación de sus normas por la necesidad de advertir a las partes de la normativa del mismo, al que él pretende aplicar, en tanto en cuanto si no se cambia de la estructura de los hechos del proceso tal como lo exhiben los litigantes; sin embargo hemos subrayado también la necesidad de que el juez se restrinja por el respeto de dicho principio, advirtiendo a las partes la norma jurídica que va a aplicar de oficio; si él ve que dicha aplicación, en algunos casos excepcionales, constituye una sorpresa para ellas y que esa aplicación se contradice con el debido respeto a los derechos de la defensa de las mismas.

Pues, si lo general es la no obligación del juez a advertir las partes a la norma jurídica interna que va a aplicar de oficio, será distinto el asunto cuando se trate de una norma extranjera, y él pretende su aplicación, ya que las partes conocen normalmente, las normativas de la ley patria o por lo menos no se excusan de su desconocimiento.

La situación es distinta por lo que se refiere al derecho extranjero el que las partes normalmente desconocen su contenido, lo que se considera necesario que el juez les advirtiera de su competencia de conocer el litigio para que puedan preparar su defensa a base de ello, si no, se apareja de su aplicación

una sorpresa que quebranta los derechos de defensa (96).

Tampoco debemos concluir de esto -como algunos han opinado- que el derecho extranjero se considera como hecho a base de su tratamiento procesal como tal en el desarrollo que acabamos de analizar, ya que hemos visto, de un lado, que el juez debe, en algunos casos excepcionales, advertir a las partes si quiere aplicar una norma jurídica interna de oficio, y nadie ha dicho que el derecho patria se considera como hecho en tal caso.

De otra parte, si por lo general, el juez debe siempre dar cuenta a las partes del derecho ex-

---

(96) Véase: Moutulsky, l'office du juge, ob.cit.368. El comentario de Lerebours Pigeonnière, note sous cass. civ.26 avril 1950, Rev.crit. P.431. Cyrille David, ob.cit. 190 y sig. El autor ve que el principio del respeto de los derechos de la defensa en la esfera - del derecho extranjero lo apoyan dos consideraciones:

-Primero.- Ya está establecido jurídicamente que los tribunales pueden pedir la ayuda de los peritos para la probación del derecho extranjero ; de acuerdo - con las reglas generales del derecho procesal no se admite el informe del perito en tanto en cuanto este no haya sido exhibido a las partes para opinar de ello; y no hay que justificar la violación de esa regla por el hecho de que el contenido de la pericia se - refiere al derecho extranjero.

-Segundo. La advertencia del juez a las partes al Derecho aplicable para que manifiesten su criterio sobre él, se considera como garantía necesaria para la mejor aplicación de este derecho; a la vista de lo establecido por "La Cour de Cassation" francesa, cuando rechaza el control de la interpretación de leyes extranjeras Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.194 y 195.

tranjero que pretende aplicar en contra de lo generalmente establecido por lo que se refiere al derecho patrio, eso afirma cada vez mas lo que hemos fijado ya - que desde el principio de este estudio, de la obligación de separar el problema de la naturaleza del derecho extranjero de su tratamiento procesal.

Si es cierto que el derecho extranjero no es un hecho, lo cierto también es que no es un derecho - nacional (97).

SINTESIS: Razones de la diferencia entre las soluciones positivas en Egipto y Francia.

Concluimos de todo eso que los principios generales del derecho procesal nos conducen a decir que el juez está obligado a aplicar el derecho extranjero de oficio sin que haya necesidad de que las partes invoquen esa aplicación, ya que aquellas no se consideran su mantenimiento de aplicar las normativas del derecho interno, como renuncia a sostener las normativas del derecho extranjero aplicable, y tampoco este mantenimiento restringe el poder del juez en la aplicación de este último de oficio.

Como ya hemos advertido, la filosofía adoptada por el legislador detrás de su regulación de las - normas de conflicto en el espacio, conducen a decir - que las normas de conexión guardan siempre relación -

---

(97) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 196, Mustafa Kamal Yassine, Problème relatif a l'application du droit étranger, recueil des cours de l'academie de droit international, 1962, Tome II(106), pág.508.

con el orden público, lo cual no permite, en absoluto, que las partes se acuerden de su exclusión. Además, hemos subrayado que las normas del derecho sean nacionales o extranjeras, no se consideran ni contenido ni causa de la demanda y por consiguiente, el impedir que el juez los cambiara no restringiría el poder de este en la aplicación del derecho extranjero.

Y por último, hemos determinado que la única restricción sobre el poder del juez en la aplicación del derecho extranjero se limita, por la estructura de los hechos en el proceso tal y como los han sostenido las partes, sin quitar el derecho de este de apoyarse sobre los hechos invocados de manera accidental en las demandas y pretensiones de aquellas, a condición de que él respete los derechos de la defensa en todos los aspectos.

Y decimos también que la semejanza del papel del juez en la aplicación del derecho extranjero con su papel en la aplicación del derecho interno, se debe al carácter nacional de las normas de "conexión" que mandan la aplicación del derecho extranjero.

Y como las normas de conexión son normas nacionales, sería natural que su tratamiento procesal se asemejase con otras normas del derecho patrio. En realidad, el papel del juez en la aplicación del derecho extranjero no se diferencia de su papel en la aplicación del derecho patrio.

En síntesis, si la doctrina egipcia ha llegado a ese incómodo resultado, la jurisdicción francesa en su conjunto -como hemos visto- no ha llegado aún a obligar al juez, desde un principio a aplicar el de-

recho extranjero, sino le ha facultado -bajo una severa crítica de la doctrina moderna francesa- al derecho de aplicarlo si este conociera su contenido. En realidad, no hubo muchas sentencias que hayan sido influidas por nociones de la doctrina francesa, que se han inclinado a reconocer la obligación del juez a aplicar el derecho extranjero de oficio si se trata de un asunto que pueda alterar el orden público.

No cabe duda de que la articulación de las normas egipcias de conexión, en contra de la mayor parte de las normas francesas de conflicto, que tienen su fundamento, básicamente en la costumbre en las soluciones judiciales bajo la cortina de interpretar los preceptos del derecho civil francés, eso fue uno de los factores influyentes en la diferencia entre las soluciones positivas en Francia y en Egipto (98)

Además, la situación es distinta en Egipto ya que el legislador allá ha legislado las normas del Derecho internacional privado, lo que ni la doctrina ni los tribunales han puesto en duda la naturaleza jurídica de esas normas o su poder obligatorio de igual manera que las demás normas legales, y aún más "la configuración de los artículos referentes a las normas de conexión", hacen sentir que la aplicación del derecho extranjero es un negocio, el juez lo ejercita de oficio aunque las partes no lo invoquen(99).

(98) Véase: Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág.57

(99) Véase: Djaber Djad , Conflicto de leyes, Tomo II, El Cairo, 1956, pág.583, el legislador egipcio utiliza términos como " se aplica ... se someten.... o el juez determina la ley aplicable..." Esta observación del autor afirma, a nuestro juicio, cualquier disputa, que pueda poner en duda la obligación del juez de aplicar el derecho extranjero de oficio en Egipto.

Ahora bien, como ya hemos terminado el examen del papel en la aplicación de las normas nacionales de conexión, afirmando así su obligación de cumplirlas de oficio y aplicar el derecho extranjero invocado por esas normas, sin restringirse por la voluntad de las partes o que esa obligación dependa de la condición de que las partes sostienen su normativa, el resultado lógico que se apareja es la obligación del juez de la búsqueda del contenido de este Derecho para las normas de conexión aplicadas tal y como ha querido el legislador.

Pues bien, ¿coinciden las soluciones tanto en Egipto como en España y en Francia con este resultado al que conducen las reglas generales que rigen el papel del juez en el proceso civil?. Eso será objeto de nuestro estudio en el siguiente capítulo.

104

CAPITULO     III

La búsqueda del contenido del Derecho  
extranjero en   Francia   y   Egipto



108

### CAPITULO     III

#### La búsqueda del contenido del Derecho extranjero en Francia y Egipto

##### Planteamiento General:

Con este capítulo III entramos en el núcleo fundamental de nuestro estudio, pues vamos a ver el tratamiento jurídico-procesal que recibe el derecho extranjero en el orden procesal, mejor, en el puro orden competencial, está vigente.

Para una mejor comprensión del tema hemos optado por dividir los sistemas occidentales en cuatro - grandes grupos, así abordaremos nuestro tema en los ordenamientos jurídicos de: Francia, aquí incluimos - Egipto por la influencia que ha tenido aquella sobre el sistema de este, a continuación y como acto seguido estudiaremos el problema de la búsqueda del Derecho extranjero en los sistemas de España, Italia e Inglaterra.

Dedicamos este capítulo al grupo primero, y dejamos a los segundos para el siguiente capítulo.

Refiriendonos a este capítulo, lo hemos dividido en tantas secciones, y dentro de cada sección hemos seguido la misma sistemática que veníamos empleando, para mayor claridad de distinguir la jurisdicción y estudiar-

la más extensamente, con una primera exposición de textos legales y una segunda de aplicación de éstos, doctrinal y jurisprudencialmente, y una tercera que recoge brevemente las conclusiones, añadiendo, a modo de complemento, unas nociones sobre la concepción del derecho extranjero aplicable, es decir, conocimiento y prueba del mismo.

Pues bien, abordaremos en primer lugar la problemática de la búsqueda del contenido del Derecho extranjero, el papel del juez en su determinación, los métodos de la búsqueda del mismo y los medios factibles para conocerlo y, por último estudiaremos la solución que ha de seguir ante la imposibilidad de llegar al contenido del derecho extranjero.

## SECCION VII

### La problemática de la búsqueda del contenido del derecho extranjero -

Cuando en virtud de lo dispuesto por la regla conflictual del foro, tiene aplicación no se lleva a cabo del mismo modo que cuando se trata de la propia LEX FORI. Y, esto, proque la ley extranjera ejercita su imperio - sobre el juez mediante una "DELEGACION" consentida y - actuada por las normas del conflicto (98) pero esa artificiosa explicación no satisface y, a falta de otra formulación, la jurisprudencia ha establecido que la ley extranjera es ELEMENTO DE HECHO, a cuya concreción han de colaborar las partes, aportando los medios para su - prueba y, como consecuencia final, la de que la violación del precepto extranjero no da lugar al recurso - de casación.

Discutida por la doctrina es, sin embargo, esta consideración la que prevalece en casi todos los países

Hemos destacado en nuestro anterior examen de es te trabajo, que la obligación del juez de aplicar la -

---

(98 ) Véase: Maury, Règles Générales de Conflits de lois, Recueil de Cours de l'Académie de droit internationale, 1936, Tome III, (57) pág. 63.

norma de conexión de igual modo que la norma jurídica interna, de oficio, se aparea a ello necesariamente la obligación de éste a aplicar el derecho extranjero invocado por las normas conflictuales del derecho internacional privado.

Para que el juez aplique el derecho extranjero deberá tener conocimiento de su contenido, y como éste no está publicado en el país del juez, como lo está la legislación nacional, hemos resaltado que no se debe suponer su conocimiento porque el supuesto de conocer el derecho extranjero se establece sobre la base de la presunción de su publicación, y así se convierte el mandato del legislador nacional -al juez para aplicarlo- en una especie de obligación de buscar el contenido -del mismo.

De hecho, la obligación del juez de buscar el contenido del derecho extranjero responde a las reglas generales que rigen el papel del juez en el proceso civil, que le obliga a este a aplicar las reglas de derecho que responden objetivamente a los hechos de litigio, tal como fueron expuestos por los litigantes, sean estas reglas nacionales o extranjeras.

Sí el problema de la búsqueda del contenido de la regla jurídica, en general, no ha ocupado mucho la doctrina del derecho procesal civil, tanto en Egipto como en Francia, es porque la mayoría de las normas jurídicas en estos países son normas legislativas, que se publican en los boletines oficiales, lo que se supone su conocimiento por el juez y a todos, una presunción que no admite lo contrario.



De ahí vino el principio "jurit novit curia" e "ignorantia legis no excusat".

Esto no significa, en absoluto, ligar la obligación del juez de aplicar el derecho con la presunción del conocimiento del mismo, ya que la obligación del juez de aplicar las normas del derecho sea donde sea su procedencia, o sean legislativas, consuetudinarias o normas de derecho extranjero que el juez manda su aplicación, esta obligación que está establecida originariamente, es una obligación que exige la naturaleza, el oficio y el papel habitual del juez en el proceso.

Así, podemos comprender, claramente, que la obligación del juez a buscar el contenido de la norma jurídica, es una cuestión que no concierne solamente al derecho extranjero, pues si nos enfrentamos al problema con franqueza, encontraremos que el juez, en definitiva, busca el contenido de la norma jurídica, incluso dentro de la órbita de la legislación nacional.

Todos sabemos que la presunción del conocimiento de esta legislación, no es mas que una presunción como cualquiera, aunque no admite lo contrario; tampoco se realiza en la mayoría de los supuestos.

De ahí, si la doctrina del derecho internacional privado ha prestado un particular interés al problema de la búsqueda del contenido del derecho extranjero, ello no se debe mas que a lo que provoca este problema de dificultades prácticas y además de los obstáculos que puedan impedir la aplicación de las leyes extranjeras invocadas

por las normas nacionales de conexión. Pues son obstáculos, como veremos, similares a aquellos que el juez afrontará cuando aplique las normas consuetudinarias - dentro del marco de las relaciones puramente nacionales. Así que la atención dedicada al estudio de la búsqueda - del contenido del derecho extranjero no guarda ninguna - relación a nuestro modo de entender, con la hipótesis - que ve en este derecho un elemento de hecho.

Quizás eso es una de las razones que nos han empujado a titular este capítulo bajo el título de "La búsqueda del contenido del Derecho extranjero" y no ajustarse a la doctrina tradicional cuando algunos estudiosos lo tratan bajo la denominación del llamado "La prueba - del derecho extranjero" ( 99 )

Nosotros al usar la expresión "La prueba del Derecho extranjero", en algunos lugares de este trabajo, lo hacemos de acuerdo con la corriente de la doctrina tradicional o sea, lo que se hace usualmente creyendo que la mayoría de esa doctrina que cree en la naturaleza jurídica del derecho extranjero y nunca ha pretendido detrás de esa denominación, hacer equivalencia entre el tratamiento de los hechos y el tratamiento que recibe aquel - desde este ángulo.

---

( 99 ) Ya que la locución "la prueba", inspira la restricción por las reglas de aprobación de los hechos, también se entiende de ello toda negación de la naturaleza jurídica de las normas del derecho extranjero. Ya hemos aclarado la equivocación de este fundamento. Motulsky fue el primero que advirtió esta observación, cuando - criticó la terminología "la prueba del derecho extranjero" para él es una negación de la naturaleza jurídica del mismo. Además las leyes normalmente no son objeto de la prueba. Por ello el autor prefiere usar el término: "L'éta- blissement du contenu de la loi étrangère"; Véase su artículo: L'évolution récente de la condition de la loi - étrangère en France", Mélanges Savatier, Paris 1965, pág. 690.

Si bien la obligación del juez es aplicar el Derecho extranjero de oficio, trae consigo la búsqueda del contenido del mismo, cuestión que nadie pone en tela de juicio, tampoco debemos negar por otro lado, las dificultades prácticas que el juez puede atravesar al buscar el contenido del mismo. Quizás sea esta realidad la que resalta la importancia de este estudio y nos exija el examen y la búsqueda de los mejores medios que posibiliten al juez el conocimiento del derecho extranjero para que este cumpla su deber de aplicarlo de oficio.

No cabe duda que esta metodología nuestra, es mucho mejor que el caer en la polémica doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del derecho extranjero, lo que nos puede distanciar de la esencia del problema.

Así sería mejor, por lo tanto, "no ahorrar esfuerzo en encontrar los medios de conocimientos del derecho extranjero y acabar con los obstáculos que constituyeron los motivos reales de negar su naturaleza jurídica y considerarlo como un hecho cuando se trata el tema de su prueba (100).

Ya veremos , mas adelante, que la doctrina y la jurisprudencia se han integrado en las dificultades prácticas que obstaculizarán la búsqueda del contenido

---

( 100) Véase : Shams Eddin el-wakil, Estudio comparativo en la aprobación del derecho extranjero y el control del Tribunal Supremo para su interpretación, Alejandría, 1964, pág. 70, Izzeddin Abdallah, El Derecho Internacional - Privado de Egipto, El Cairo, 3a.ed., 1958, pág. 507 y sigs. Ahmed Abu-el wafa, Tratado de Derecho Procesal Civil y Mercantil, Alejandría, 12a.ed., 1977, pág. 582, - y sigs.

del derecho extranjero, fueron el móvil principal que ha empujado una parte de la doctrina y la jurisprudencia a sostener la calidad de hecho del Derecho extranjero para poder llegar a echar la carga de la prueba a la parte contraria igual como ocurre en los hechos.

Nosotros no negamos el apoyo trascendental que - pueden ofrecer los litigantes al juez en su búsqueda del contenido del derecho extranjero, sino que veremos que el papel de las partes en esta búsqueda se encuentra prácticamente incluso dentro de la órbita del derecho patrio.

Pero nosotros rechazamos eximir al juez, originariamente, de su obligación de la búsqueda. Porque si le eximimos de esa misión, negaríamos sin querer la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y dejaríamos sin valor la fuerza obligatoria de la norma nacional de conexión y además haciendo descuidar la naturaleza del papel del juez en el proceso civil en general.

Abordaremos primeramente el estudio del papel del juez y las partes en la búsqueda del contenido del derecho extranjero, exponiendo así las soluciones dadas en - Egipto, España y Francia, para después abordar los métodos de prueba del derecho extranjero y los medios que facilitan al juez el conocimiento de la normativa del mismo, para terminar nuestro examen explicando la solución que ha de seguir en caso de que resulte imposible llegar al contenido de este derecho.

#### El papel del juez y las partes en la búsqueda del contenido del derecho extranjero:

Al entregarnos a la obligación del juez a examinar



el punto de conexión del foro y aplicar la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto de oficio, el juez, entonces, se ve obligado a buscar el contenido del mismo, en cumplimiento de la filosofía de su legislador al regular las reglas del conflicto de leyes.

Sin embargo, ocurre que el juez no se obliga en su búsqueda, pues arroja la carga de la prueba del derecho extranjero sobre las partes, acercándose así al tratamiento procesal de este con el de los hechos. Es decir, ¿eso significa que el derecho extranjero, en este caso, recibe igual tratamiento que concuerde completamente con los principios que rigen la prueba de los hechos?.

El papel de las partes en la búsqueda del contenido del derecho extranjero:

¿Quién debe probar el derecho extranjero?: Una parte de la doctrina egipcia y francesa opina que el juez no se obliga a buscar el contenido del derecho extranjero, porque se considera de facto como hecho, y por lo tanto las partes se encargan de probarlo (101).

La jurisprudencia francesa se ha influido por las enseñanzas de la doctrina de Batiffol, donde encontró

---

( 101) Véase: Batiffol, traité, ob.cit. pág.385.Maury. La condition de la loi étrangère en droit français, Travaux du comité français de droit international privé (1948-1952), Paris, 1953, pág. 112. Graulich, Principes de droit international Privé, Paris, 1961, pág. 25. Francescakis, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers: le dr. int. privé de la famille en France et en Allemagne, Paris, 1954, pág. 470. Huet, Les conflits de lois en matière de Preuve, Thèse. Paris Dalloz, 1965, pág.149. Abdul-Basit Gumeie, El sistema de la prueba en el Derecho Civil Egipcio, El Cairo, 1955, pág. 55.

la suficiente justificación de echar la carga de la prueba del derecho extranjero a las partes para - evitar que los jueces hiciesen mayor esfuerzo en la búsqueda del contenido del mismo ( 102 ).

Aquí no es nuestro objeto plantear el problema de la naturaleza del Derecho extranjero, de acuerdo con nuestra metodología de abordar el tema desde su ángulo procesal; no obstante, basta con remitirnos a lo que habíamos expresado de la equívoca fundamentación en que se apoya dicha opinión.

Cabe mencionar que el profesor Batiffol dió - marcha atrás al criterio de la cualidad de hecho que caracteriza el derecho extranjero, estableciendo que él no quería decir sino que el derecho extranjero debe tratarse como hecho (103 )

Una parte de la doctrina ha abordado el tema, estableciendo, claramente, su criterio de no negar - la naturaleza jurídica del derecho extranjero, aunque admitan al mismo tiempo que este debe tratarse referente a la prueba igual que los hechos, respondiendo así, a las consideraciones prácticas y las dificultades que los jueces afrontan en la búsqueda de su - contenido (104 ).

---

(101 ) Cit. en Hushman Ali Sadig. La condición del -  
Bis derecho extranjero., ob.cit. pág. 192.

(102 ) Véase: Batiffol, Aspects philosophiques du -  
droit int.privé, Paris 1950, pág.105.

(103 ) Véase: Lerebours Pigeonnière et Loussouran,  
Precis de droit int.privé, 8ème.ed., Dalloz,  
1962, pág. 312, 315 y 364 y sigs.

Ahora bien, ¿Qué alcance tiene esa hipótesis, que iguala entre el tratamiento del Derecho extranjero y el tratamiento de los hechos por lo que se refiere a la prueba, y qué soluciones se dan tanto en Francia como en Egipto?

Esta cuestión la veremos al abordar las soluciones prevalecientes en estos países. Y si el derecho extranjero lo trata como hecho, el primer resultado que se pueda deducir, será que las partes se encargan de su prueba, eso es a lo que efectivamente llegaron los tribunales franceses en su conjunto (104). Pero, ¿cuál de las partes se encarga de su prueba? Buscamos esta contestación

La parte que alegue la diferencia entre el contenido del derecho extranjero y la normativa del derecho patrio se encarga de la prueba:

Los tribunales franceses en algunas sentencias, han ido a decir que la carga de la prueba del derecho extranjero cae sobre la espalda de la parte que alegue

---

(104) Véase: Note sous cass, civ. 26.6.1882. Rev. - crit. 1949, pág. 89, con el comentario de Batiffol. Sirey, 1949, T.I, pág. 21 con el comentario de Niboyet. Dalloz, 1948, pág. 357, J.C.P., 1948, T. II, pág. 4531, con el comentario de Vasseur, Rev.crit.- 1950, t.I, pág.163. Dalloz, 1950, pág.361 con el comentario de Lenoan. Apelación de París, 26.1.1962, - en Clunet, 1963, pág.132, con el comentario de Goldman... dice que la sentencia como las partes no han podido probar el contenido del derecho vietnamita, el Tribunal, entonces, no puede "aplicar el derecho extranjero mientras ninguna de las partes lo haya podido probar".

la diferencia entre el contenido de este y la normativa del derecho del foro (105). Esta resolución se acerca a lo establecido por los tribunales ingleses cuando obliguen al juez a aplicar de oficio el derecho extranjero, al mismo tiempo que la jurisdicción inglesa supone que este derecho guarda concordancia con el patrio en su normativa, y el interesado que alegue lo contrario que lo pruebe, en su defecto, será deber del Tribunal considerar que el Derecho extranjero, efectivamente, concuerda con el del foro y fallar de acuerdo con esta virtualidad (106).

Ya que el Derecho extranjero conserva su naturaleza jurídica ante la jurisdicción inglesa, no obstante, cuando se refiere a la prueba, lo dan un tratamiento distinto que el del foro, rindiéndose a discreción de las consideraciones prácticas( 107)

---

( 105)Véase: La sentencia del Tribunal de Paris, - 6.2.1913, en Rev.crit.1913, pág.833.El Tribunal de la Sena, 11.12.1962, en Clunet, 1913, pág.764.

( 106) Véase: Chechire, Priv.int. Law, 6a.ed.Oxford, pág.131, Dicey Conflict of laws, 3a.ed. núm.194. - Gutteridge, Le droit comparé, traducción francesa por René David, París, 1953, pág.71. Westlake, La doctrine anglaise en matiere de dr.int.privé, en Clunet, 1882, pág.23. Una parte de la doctrina francesa adopta esa línea, véase Weiss, manuel de droit int.privé, 9éme. ed. Paris, 1925, pág.418, cit. en Husham Ali Sadig. ob.cit. pág.194.

( 107)Véase: Wolff.Priv.Int. Law 2nd.ed.Oxford.1962, pág. 2118.

Esta solución coordina -desde el punto de vista puramente teórico- entre echar la carga de la prueba del derecho extranjero a las partes y el carácter - obligatorio de las normas de conexión suponiendo una semejanza entre las normativas de éste y las del patrio (108).

Shams Eddin Al-wakil, comenta en este sentido, que dicha virtualidad es mas bien un truco que una - presunción "y como el truco tiene su fundamento en - formarse una idea falsa y distanciarse de la realidad, debe entonces limitarse a las consecuencias y - secuelas que se aparejen al mismo en lo más estricto posible y fijarse, solamente, en la finalidad en que la ley pretenda llegar" (109).

De otra parte, esa solución, a nuestro entender, quebranta la filosofía del legislador al estatuir este las normas de conflicto, desde luego resulta necesario no dejar el problema de la prueba de este Derecho a las partes, ya que es cometido propio - del juez como guardián del interés común detrás del - cual el legislador tiende a aplicar las normas del Derecho internacional privado.

---

(108) Véase: David Cyrille. La loi étrangère...ob. cit. pág.63

(109) Véase: Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág.8 y 9.

La prueba es carga del demandante del derecho reclamado:

Y las demás sentencias francesas han ido a arrojar la carga de la prueba del derecho extranjero sobre la parte que se sostiene de un derecho adquirido en el extranjero. El tribunal de casación francesa ha afirmado este criterio en su sentencia del 25 de Mayo de 1948 ( 110).

Los hechos del caso se pueden resumir en lo siguiente: que un choque entre un tren y un camión de matrícula francesa cargado de materias explosivas, ha ocurrido en España. Como consecuencia del accidente, se destruyó otro camión de matrícula francesa, que también se encontraba muy cerca del lugar del accidente.

La viuda del conductor, de este último que murió en el accidente, encausó un juicio ante los tribunales franceses contra el propietario del primer camión, reclamando una indemnización basada en el art. 1384/1 del Código civil francés que establece -

---

( 110) Véase: Note sous cass.civ.25.5.1948, en Rev. crit. 1949, pág.89 con el comentario de Batiffol, Dailloz, 1948, pág.357, con el comentario de Lerebours Pigeonnière, J.C.P., 1948, t.II, p. 4542 con el comentario de Vasseur. Esta solución fue adoptada por los tribunales griegos en algunas sentencias, instituyendo que "La parte que alegue un derecho fundado en el extranjero debe probar el derecho extranjero bajo el cual fue creado ese derecho reclamado", véase el comentario de francescakis a la Tesis de Evrigenis (en griego); La aplicación de un derecho extranjero. Salonique, 1956, Rev.Crit. 1957, pág. 526 y sig. cit. en Husham Ali Sadig, La condición del Derecho extranjero... ob.cit. pág. 196.

la responsabilidad del tercero por acción u omisión, causa daño a otro (111 ).

El demandado defendió que la demandante debe probar la culpa del conductor del primer camión, del que él es propietario, ya que la ley española - como ley aplicable en este caso - desconoce la presunción de responsabilidad de cosas o de terceros.

El Tribunal de apelación aplicó la ley francesa , justificando su postura por el hecho de que el demandado no había podido probar el derecho español invocado por él.

La Cour de Cassation casó la sentencia apelada, estableciendo que el tribunal de apelación de debiera haber echado la carga de la prueba escapándose - del control del tribunal de casación.

Algunos han señalado que esta sentencia afirma la hipótesis que ve el derecho extranjero como - uno de los elementos del derecho personal reclamado, lo que conduce, consiguientemente, a rechazar la demanda si el demandante no pudiera probar su contenido, tal caso ocurre cuando el demandante fracasa en probar uno de los elementos de un pretendido derecho.

Mientras que otros ven esto, aunque sí es -

---

( 111 ) Responsabilité du fait d'autrui y responsabilité du fait des choses inanimées.

cierto que el derecho extranjero se considera, conforme a esa sentencia, uno de los elementos constituyentes al derecho personal reclamado, pero, no obstante, el fracaso del demandante en probarlo no conduce necesariamente a rechazar la demanda y no se excluye por lo tanto, la aplicación del derecho patrio.

Lo que ocurre, en opinión de esa parte de juristas, es que no se debe aplicar este último primeramente en este caso, puesto que el derecho extranjero es el aplicable originariamente, de acuerdo con las normas de conflicto del foro.

Pero sí se puede aplicar el derecho nacional - excepcionalmente y en caso de que fracase en la búsqueda del contenido de la ley extranjera por su competencia supletoria como ley que rijan las relaciones del derecho privado ( 112).

La confusión del Tribunal de Apelación se debe a que ha contestado al interrogante de las partes acerca del alcance de la aplicación del derecho francés en dicho caso, al decir que es deber aplicar ese derecho, porque el demandado no ha probado el derecho español que éste invocó que se aplicara. El Tribunal ha aplicado el derecho francés - sin consultar a las partes, tampoco ha requerido que el demandado le presentara la evidencia acreditando su alegación de que el derecho español desconoce la presumida responsabilidad.

---

( 112) Véase: David Cyrille, ob.cit.pág.131, margen núm.93.



Así pues, el Tribunal se amparó en el hecho de que desconocía el contenido del derecho extranjero para escaparse de solucionar la cuestión del conflicto de leyes en el proceso, eludiendo así el control de casación, lo que es difícil de admitir ya que la determinación del Derecho aplicable es una cuestión previa, que guarda relación con la interpretación de la norma de conexión y que procede, lógicamente, del problema de la búsqueda del contenido del Derecho extranjero (113).

Tal como ha ocurrido, era necesario casar la sentencia por haber violado la norma de conflicto de la *lex fori*, además abusando de los derechos de la defensa de las partes (114).

Tal vez, lo que nos interesa particularmente sea la postura de la Cour de Cassation francesa, cuando ésta echó la carga de la prueba del Derecho extranjero sobre el demandante del Derecho reclamado, afirmando así que el Derecho extranjero se trata desde esta perspectiva como hecho.

Como es sabido, los principios generales sobre la prueba de los hechos sientan que quien reclama un derecho ha de probar el daño que le ha ocurrido, la causalidad, la culpa de terceros y en caso de que el conflicto implique un elemento extranjero, el demandante debe, además, pro-

---

(113) Véase: El comentario de Lerebous Pigeonnière, Dalloz, 1948, pág 361.

(114) Véase: David Cyrille, ob. cit. pág 150.

bar el derecho extranjero, ya que este constituye un hecho muy necesario para establecer el derecho de indemnización formado en el extranjero (115 ).

Esta visión del derecho extranjero se aproxima a la de los partidarios de la teoría de los "derechos adquiridos" (116 ), sostenida por una gran parte de la doctrina anglo-sajona como fundamento del derecho internacional privado (117 ).

---

( 115) Véase:Izzeddin Abdallah, ob.cit.pág.150 y 151

( 116) Véase: Izzeddin Abdallah, ob.cit.pág. 495

( 117) Véase: Dicey, ob.cit.pág.11 y sig. Esta teoría encontró mucha crítica, basta referirnos a que, con frecuencia, el derecho patrio reenvía al derecho - extranjero reconociendo sus efectos y eficacia a pesar de que no haya ningún derecho adquirido a su sombra. Por ejemplo, si se enjuicia un pleito de divorcio, entre un conyuge italiano residente en Francia, ante un tribunal estadounidense, les dictarán una - sentencia de divorcio, en aplicación de la ley del - domicilio (ley francesa), a pesar de que en realidad no haya ningún derecho fuera adquirido en Francia, más aún si el conflicto fuera presentado a los tribunales franceses, esos rechazarían la demanda en cumplimiento de la ley italiana (ley de la nacionalidad); el fundamento de la confusa teoría, es su concentración sobre la noción de la territorialidad, la que se debe al - tiempo en que la distinción entre las normas positivas del derecho interno y las normas de conexión , no han estado muy claras. Véase: Véase: Chechire, private int. law, 6th. ed. Oxford, 1961, pág.31, y sig. Wolff Private Int. Law, 2nd. Oxford, 1962, pág. 2 y sig. Arminjon, la notion de droits acquis en dr. - int. privé, La Lahaya Recup. 1933, t.II, pág. 5 y - sig.

Los partidarios de esta hipótesis, suponen que lo original es la territorialidad de las leyes, aunque tengamos el derecho extranjero en consideración por respecto a los derechos adquiridos en el extranjero.

Cualquiera al que la ley extranjera confiere un derecho, la justicia deberá reconocérselo ante la jurisdicción nacional, ya que el juez del foro no trata esa ley como tal, sino en su calidad de elemento del derecho reclamado y como consecuencia de ello, el demandante de este derecho debe probar la ley extranjera que dió lugar a ese derecho (118).

No cabe duda que cargar al demandante la prueba del Derecho extranjero, tal como ha hecho la Cour de Cassation francesa, reafirma el criterio de que el Derecho extranjero es un hecho. No obstante, no debe exagerarse en la deducción de las consecuencias de esa sentencia a la que Husham Ali Sadig ha calificado como "un antecedente aislado en la jurisdicción francesa" (119).

---

(118) Véase: Beale, cit. en Armijon, ob. cit. pág 43.

(119) Maury indica que esta sentencia ha infringido los principios generales que rigen la prueba del derecho extranjero, principios ya conocidos por los tribunales franceses.

La prueba es carga de la parte que invoca el derecho extranjero:

La actitud de la mayoría de los tribunales franceses:

La mayoría de los tribunales franceses en repetidas sentencias, echan la carga de la prueba del derecho extranjero sobre la parte que invoque su aplicación (120), sin distinguir si esta parte es el demandante por el derecho reclamado o el demandado, de modo que la doctrina francesa en su conjunto, considera que tal tratamiento del derecho extranjero concuerda con el tratamiento de los hechos (121).

---

(120) Véase: Note sous cass. civ. 26, junio, 1882, Sirey, 1882, t.I, pág. 346. 16, mayo, 1888, Sirey - t.I, pág. 509. 2, agosto, 1893, Clunet, pág. 1176. 26, abril, 1950, Rev. Crit. 1950, pág. 429, Lerebours Pigeonniere. Lenoan, note sous cass. civ. 26, abril, 1950, Dalloz, pág. 361, Véase-también Batiffol, - Traité élémentaire, ob.cit. núm. 332, Maury, Regles Generales de conflicts de lois, Recueil des cours - de l'Academie de droit international, 1936, t.III (57), pág. 403 y su informe en Travaux du Comité Français de dr. int. privé (1948-1952), Paris, 1953, pág. 112, Lerebours Pigeonniere, Précis de droit int. privé 8ème.ed. Dalloz, 1962, núm. 315 y Glasson - Tissier y Morel, Traité de procédure civile, 3ème. edition, t. I Paris, 1926, pág. 654.

(121) Véase: Batiffol, traité. ob.cit. pág. 385.

Pues, aunque estamos de acuerdo con la doctrina francesa en que, por lo general, la carga de la prueba del Derecho extranjero cae a cargo de las partes y ello hace que el tratamiento de éste sea distinto del tratamiento de la legislación nacional, ya que este último no es objeto de la prueba; no obstante, no estamos de acuerdo con esta doctrina de que el tratamiento judicial del Derecho extranjero - por lo que se refiere a la prueba - se asemeje completamente con el tratamiento de los hechos.

La actitud de la mayoría de los tribunales en Francia contra el hecho de que el tratamiento del Derecho extranjero concuerda con el tratamiento de los hechos:

Echar la carga de la prueba sobre el demandado como parte que sostiene la aplicación del Derecho extranjero - como opina la mayoría de la jurisdicción francesa - no concuerda con los principios generales de la prueba de los hechos que requieren echar la carga sobre el demandante (122).

Ya que no se puede acordar que entre los principios generales de la prueba de los hechos se incluya arrojar la carga de la prueba del Derecho extranjero sobre la parte que invoca su aplicación, habremos de sostener que los litigios privados se someten como norma general al derecho patrio aunque incluya un elemento extranjero.

Si esto es así, basta que el demandante del derecho

---

(122) Véase: en este sentido, Motulsky, L'office du juge, ob. cit. pág 367.

objeto a este litigio, la prueba de los elementos de hecho que le faculten su reclamación de acuerdo con el Derecho patrio; lógicamente, el demandado que invoca el derecho extranjero se encarga de su prueba en su calidad de "demandante" de la aplicación de ese derecho.

A nuestro entender, este hecho ignora las normas nacionales de conexión que citan la competencia del derecho extranjero, y además una negación de naturaleza jurídica.

Quizá, puede responderse, la jurisdicción francesa no obliga al juez al cumplimiento de la norma de conexión que cita la aplicación del derecho extranjero, si no la invoca la parte, ya que esa norma no es de orden público.

Aunque tomemos como base de argumentación este hecho, del que ya hemos mostrado su equívoco fundamento, la consecuencia es que si ocurre que una de las partes, aunque sea el demandado, invoca la aplicación de la norma de conexión, esta norma sea obligatoria al juez de acuerdo con dicha postura de la jurisdicción francesa. Cuando sea así, ha sido aplicado el derecho extranjero competente.

De otra parte, suponiendo la legalidad de lo establecido por la jurisdicción francesa de obligar al juez a la búsqueda del contenido del Derecho extranjero, el tratamiento de este derecho como hecho requiere que la carga de su prueba caiga sobre el demandante, el cual - tomada en cuenta la norma de conexión después de haberla invocado el interesado, y ya convertida en una norma obligatoria en opinión de los tribunales - debe probar los elementos de hecho constituyentes del derecho que reclame. Entre estos elementos, no cabe duda que será el Derecho extranjero declarado competente por la norma de conexión.

Sin embargo, hemos visto que los tribunales echan la carga de la prueba de este derecho sobre quien invoca su aplicación, aunque sea el demandado. Este resultado, como se ve, no concuerda con los principios generales de la prueba de los hechos.

Nosotros creemos que la solución a que ha llegado la jurisdicción francesa en su mayoría encuentra su interpretación dentro de las consideraciones prácticas. Pues sostiene que el que invoca el derecho extranjero es el que ha de tener interés en su publicación, y tiene motivos personales que le empujen a buscar un contenido del mismo que alcanzase sus objetivos en el proceso.

Por lo tanto, la carga de la prueba se acuerda entre el interés personal de éste y el interés común, al que el juez quiere llegar tras la aplicación de la ley declarada competente por la norma nacional de conexión.

La postura de los tribunales, anteriormente expuesta, nos muestra cómo las consideraciones prácticas fueron el fundamento sobre el cual fue constituido el tratamiento de estas al derecho extranjero, desde el punto de vista de lo procesal, en general, y nos reafirma de nuevo la equivocación del hecho de que el tratamiento de este Derecho se asemeja completamente con el tratamiento de los hechos.

La actitud en el derecho positivo egipcio.-

El Tribunal de casación de Egipto no ha examinado el problema de la prueba del derecho extranjero en general, mas que en una única sentencia con fecha del 7 de julio de 1955 ( 123 ), donde interpuso ante él, que la sentencia del Tribunal de Apelación ha quebrantado la legislación griega "La que requiere que el Gobernador militar acredite el libro de las minutas del consejo de su administración de los Colegios de LIROS para que el presidente de éste consejo, adquiriera la capacidad de ser parte..."

El Tribunal de casación ha justificado su rechazo a la impugnación por el hecho de que "Los impugnantes no han entregado en el expediente de impugnación una copia legalizada de esta legislación extranjera y tampoco una traducción acreditativa, y que - el sostenimiento de una legislación extranjera ante este tribunal no puede ser mas que un hecho, debe probarlo y no basta para su prueba presentar una simple copia, como han sostenido los impugnantes, lo - cual permite el rechazo de la impugnación".

La doctrina egipcia, ha deducido de dicha sentencia que quien invoca una disposición legal extranjera, debe presentar una evidencia acreditativa para su prueba ( 124 )

---

( 123 ) Véase: Colección de Casación de Egipto, año VI, núm. 182, pág. 1347. Mohammed Kamal Fahmi. Los principios del Derecho Internacional Privado, Alejandría, 1955, pág. 361 y sigs. Ahmed Abu-el wafa, ob.cit. pág. 585 y sig.

( 124 ) Véase: Shams el-wakil, ob.cit. pág. 62.



Así, concuerda la citada sentencia, con la mayoría de la jurisprudencia francesa, al parecer influida por las repetidas sentencias de los tribunales mixtos en Egipto antes de que éstos fueran derogados (125 ). En realidad esta sentencia fue dictada contra los deseos de la vanguardia doctrina egipcia que se preguntaba, tras la anulación de los tribunales mixtos ¿qué va a suceder después de que nuestra jurisdicción nacional haya recuperado su imperio?, ¿Se va a hacer lo mismo que han hecho los tribunales mixtos - cuando estos imitaron a los tribunales franceses? o ¿esta jurisdicción nacional encontrará su propio camino en base a principios científicos incólumes"(126 )

Sin embargo, debemos recalcar que dicha sentencia del Tribunal de Casación constituye un antecedente aislado, y no representa la opinión hoy prevaleciente en Egipto, opinión que estima que la búsqueda del contenido del derecho extranjero es una obligación del juez, como consecuencia de su obligación de aplicar las normas nacionales del derecho internacional privado de las que el derecho extranjero - saca su carácter obligatorio y por consiguiente su na-

---

(125 ) Los tribunales mixtos de Egipto echaron siempre la carga de la prueba del derecho extranjero sobre la parte que invoca su aplicación. Véase: Sentencias del Tribunal Mixto de apelación, 9 de junio, 1892, M/4 pág. 255, 24 de mayo de 1933, M/45, pág. 297 cit. en Abdelrrazag Al-Sanhuri, el wasit, t.II, ob. cit. pág. 54

(126 ) Véase; Mohammed Abdelmonein Riad, Principios de Derecho Internacional Privado, El Cairo, 1933, 2a. ed. núm. 433.

turalaleza jurídica ante el juez del foro (127 ).

Ya que las evidencias que las partes aportan al juez, además de que simplifican a éste el conocimiento de las leyes extranjeras, también le ayudan al manifestar su interés en la aplicación de esas - leyes, y por consiguiente, no llega a ser una obligación, y tampoco significa echar la carga de la prueba a las partes ( 128 ).

De ahí, la doctrina moderna de Egipto "espera considerar la sentencia del julio 1955 como un precedente solitario que debe apartarse, expresamente, cuando - disponga el Tribunal de una casación en el futuro" - ( 129 ).

Sobre todo, la posición del Tribunal de Casación en esta sentencia se contradice con lo establecido en su jurisdicción, por lo que se refiere al - control de interpretación de leyes extranjeras, lo que reafirma -en opinión de la doctrina egipcia- que

---

(127 ) Véase: Al-Saunhuri, ob.cit. t.II, pág.55 y 56 Abdelmoneim El -Bedrawi, ob.cit. pág. 99 y sig. Abdelmoneim Faradj Assadah, ob.cit, pág. 29 y 30. Su- leiman Morcos, La prueba, núm. 19 Djaber Djad Abdul- rahman, ob.cit. pág. 582 y sig. Izzeddin Abdallah, ob. cit. pág. 429. Shams Eddin Al-Wakil, ob.cit. pág. 68.

( 128 ) Véase: Mohammed Abdelmoneim Riad, principios del Derecho int. Pr. 2a. ed. ob.cit. núm. 432 y 433. Hamid Zaki, El Derecho Int. pr.de Egipto, 1a.ed., 1936, núm. 168, Djaber Djad,ob.cit. pág. 538, Mohammed Kamal Fahmi, Principios de Derecho Int.ob.cit. pág. 395. Al-Sanhouri, ob.cit. pág. 56. Abdelmoneim el- Bedrawi, ob.cit. pág. 1)). Shams Eddin el-wakil, ob. cit. pág. 68. Abdelmoneim Farag Assadah,ob.cit. pág. 30.

(129 ) Véase: Shams Eddin El-wakil, ob.cit. pág. 63

este tribunal no cree en el tratamiento de hecho del derecho extranjero ( 130 ).

No obstante, hay una parte de la doctrina egipcia que concuerda con la jurisprudencia francesa en que se encarga de la prueba del derecho extranjero, la parte que invoca su aplicación.

El verdadero papel de las partes en la búsqueda del contenido del derecho extranjero conforme a los principios generales:

Aunque no se deba suponer que el juez conoce el Derecho extranjero de igual modo que la legislación nacional, no obstante, ello no significa eximirle de la obligación de su búsqueda en cumplimiento del mandato de su legislador de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Privado.

Nosotros no negamos la importancia del papel de las partes al cooperar con el juez en conocer el contenido de las leyes extranjeras, empujados estos últimos por sus respectivos intereses en el pleito, pero esta cooperación no deberá llegar, en ningún caso, al grado de obligación, para decir que la carga de la prueba del derecho extranjero cae sobre los litigantes en el proceso.

La cuestión no difiere mucho respecto a la aplicación del derecho patrio mismo, ya que los abogados pleitean sobre temas de derecho, exponiendo al juez

---

( 130 ) Véase: Abdelmoneim El-Bedrawi, ob.cit. pág. 101, Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág. 63  
Mohammed Kamal Fahmi, ob.cit. pág. 389 y -  
sigs.

las normativas del mismo, que concuerdan con los intereses de sus mandantes, y nadie ha dicho que esta realidad exime al juez de su obligación de búsqueda del contenido de las normas jurídicas aplicables al conflicto expuesto ante él (131).

Será una equivocación, entonces, eximir al juez desde el principio de la búsqueda del contenido del Derecho extranjero competente, respondiendo a su obligación original de aplicarlo de oficio por el hecho de que él no lo conoce.

Como algunos han observado, con razón, que si no podemos suponer que el juez conozca las normativas del derecho extranjero, será de otra parte inaceptable suponer que las desconozca.

Esta observación, nos exige abordar en el papel del juez, el revelar el contenido del Derecho extranjero.

---

(131) Véase: Valerçy, Manual de Droit International Privé, París, 1914, p. 593.

## SECCION VIII

### El papel del juez en la búsqueda del derecho extranjero

Hemos señalado que la obligación del juez de aplicar la norma de conexión de oficio, le exige la búsqueda de la ley reclamada competente por esa - norma.

Si los tribunales franceses no admitieran esa realidad, arrojando la carga de la prueba de la ley extranjera a la parte que invoca su aplicación, esta actitud -como hemos aclarado- no era una expresión de su criterio sobre esta ley y que es un hecho, sino - una entrega a las consideraciones prácticas sin justificación alguna.

Si es cierto, debe reconocer -al menos- el derecho del juez en la búsqueda del contenido del Derecho extranjero y aplicarlo de oficio cuando desaparezcan estas dificultades.

Tal vez encontraremos evolución de la moderna jurisprudencia francesa, al facultarle al juez el - derecho de la aplicación espontánea del Derecho extranjero, lo que afirma la credibilidad de esta - observación.

De otro lado, si la jurisdicción francesa llegó a no obligar al juez a aplicar la ley extranjera, - aunque facultando ese derecho si quiere practicarlo, se provoca el interrogante acerca de la adaptación -

de esa posición con los principios generales que gobiernan el papel del juez en el proceso civil y que le obliguen a buscar el contenido de las normas jurídicas y aplicarlas de oficio.

Por lo tanto, dividimos nuestro estudio en lo siguiente: estudiaremos en primer lugar el derecho del juez al buscar el contenido del Derecho extranjero, y en segundo lugar el alcance de su obligación de

El Derecho del juez en la búsqueda del contenido del derecho extranjero:

Ya hemos indicado que La Cour de Cassation - francesa ha establecido ultimamente, que es derecho del juez aplicar de oficio la ley extranjera - que marca su competencia en la forma conflictual. La jurisprudencia de ese tribunal viene afirmando las sentencias del Tribunal de Apelación de París, que por su parte ha reiterado sus sentencias con anterioridad en este sentido (132 ).

Si se supone que es cierto que las consideraciones prácticas hacen de la obligación del juez de buscar el contenido del derecho extranjero, una obligación de imposible, no hay porqué impedir al juez - la aplicación del derecho extranjero de oficio en los casos en que éste conozca personalmente el contenido del mismo.

---

( 132) Véase: Note sous cass.civ. 2, marzo, 1960, Rev. Crit. 196), pág. 97 y el comentario - de Batiffol, Clunet, 1961, pág. 408.

Estas sentencias afirman la equivocada hipótesis que dice que el Derecho extranjero no es más que un elemento de hecho o se trata al menos como tal; sin embargo, algunos han intentado remitir dichas sentencias a los principios generales en la prueba de los hechos, por el hecho de que el Derecho extranjero se considera en el fondo como un hecho común, lo que permite al juez abordarlo por su propio conocimiento personal de las cosas.

Ahora bien, ¿hasta qué punto es cierta esta hipótesis? y ¿cuál es el alcance de la legalidad de dichas soluciones francesas?.

Eso es lo que intentaremos contestar en lo siguiente, abordando, primero: ¿hasta qué punto han respondido las resoluciones francesas a los principios generales de la prueba de los hechos? y en segundo lugar: hacer una evaluación de aquellas resoluciones.

#### EL DERECHO EXTRANJERO Y LOS DERECHOS COMUNES

Una parte de la doctrina, tanto en Francia como en Egipto, opina que la resolución que permita al juez el derecho de aplicar la ley extranjera de oficio, responde a los principios generales en la prueba de los hechos, y no se contradice con el hecho de que los tribunales franceses tratan el Derecho extranjero, desde lo procesal, como hecho. Batiffol, como protagonista de esta tesis en Francia, se apoya en la distinción entre lo que él llama los hechos del proceso y el hecho notorio.

Ya que al juez le está prohibido abordar los hechos de carácter privado y referentes a las partes, al tiempo que sí puede, sin embargo, sentenciar de

acuerdo con su conocimiento personal de los hechos comunes tanto en cuanto sean notorios o que su conocimiento sea posible y alcanzable a todos.

Y como el derecho extranjero puede ser fácil de conocer por todos mediante la publicidad de sus disposiciones o interpretaciones que las incluye en los ensayos doctrinales, etc... entonces se iguala con el hecho notorio y consiguientemente, si el juez dicta su sentencia de acuerdo con su conocimiento personal, en tal caso no chocaría con lo establecido en la prueba de los hechos ( 133 ).

Algunos juristas han criticado la justificación dada por Batiffol, ya que para ellos, la discriminación entre los hechos privados y los hechos notorios es una discriminación extraña a las reglas generales en probar los hechos del proceso tanto en Egipto como en Francia. De acuerdo con lo establecido en la doctrina y jurisprudencia, el juez no puede fallar por su conocimiento personal de hechos no invocados por las partes, o que tampoco han podido probarlos en la forma descrita por la ley (134 ).

---

(133 ) Véase: Husham Ali Sadig, ob.cit. pág.218 y sig.

(134 ) Véase: Batiffol, Traité ob.cit. pág.333, David Cyrille en su tesis, ob.cit. pág. 171 y sig. Moresl, Traité élémentaire de procédure civil, 2ème. edition, Paris, 1949, p. 378. Véase también en Egipto, Abdel-Basit Gumeie, ob.cit. pág. 55. Chevallier, La charge de la preuve ... ob. cit. pág. 41. Motulskv, L'office de juge, ob. cit. pág. 351 y 366. Shams Eddin Al-wakil, ob. cit. pág. 39. Marty, La distinction du fait et du droit, thèse Toulousse.Paris,1929,pág.158 y sigs. Desiry, Le role du juge dans le déroulement de l'instance civile, Dalloz,1956, pág.145 Aubry el Rau par Esmein , ob.cit. pág. 58 y sigs. Legeais, Les règles des preuves en droit civil, These, Paris, 1955, pág.16. Narmand, ob.cit.- p.83. Abdelmoneim Farag Assadh, La prueba,ob.cit. pág.16.Véase. también, note sous cass.civ. 13 abril 1892, Sirey, 1895, t.I. pág.359, 4 marzo 1918, Sirey 1918, t.I, pág.87, 7 marzo 1922, Sirey 1922, t.I. pág.220. 20,diciembre 1926,Sirey 1927,t.I, pág. 104, 19,octubre 1937 Sirey 1937 t.I.pág.373. 26,marzo 1946 Dalloz,1946, pág.254, 8 mayo, 1952, Dalloz, pág.796, 22 mayo 1951 Bull. civ. 1951, t.4. pág.366. 2,julio,1954,Bull, civ.pág.346



EXAMEN CRITICO:

Nosotros no podemos negar al juez el conocimiento de la pura lógica o privarle del provecho de su experiencia general. Pero criticamos la confusión predominante en una parte de la doctrina, que mezcla entre el hecho notorio, cuando sea objeto de litigio y entre las reglas de conocimiento general "maximes d'periences", que sirven en la evaluación de los hechos del conflicto, sean estos hechos de carácter privado o público.

En realidad, la distinción entre el empleo del juez de su conocimiento general para evaluar los hechos del litigio, y el conocimiento procesal civil en Egipto y en Francia, constituye un asunto muy delicado que no ha tenido la suficiente atención tanto en la doctrina de Derecho civil como procesal.

A nuestro modo de entender, pues, las reglas de conocimiento general, o sea "maxime d'experience" no se caracterizan por la naturaleza propia que las distingue de los hechos notorios, sino que es distinto el papel que juega cada uno de ellos en la deducción y formación del criterio del juez cuando este dicte la sentencia, ya que los hechos notorios se someten a la prueba, si fueron objeto de litigio, y además constituyen el fundamento de la sentencia del juez, en tanto este último puede abordarlas por su propio conocimiento personal, siempre que la intervención de aquellas en el proceso se limite a su calidad de hechos del litigio

que se someten a las normativas del imperio de la ley, y en este último caso suelen llamarse las reglas del conocimiento general (135).

De otro lado, el juez no se somete al control de la Corte Suprema más que en los límites de su obligación de razonar su sentencia, determinando el fundamento jurídico en que se ha apoyado, y no está obligado, en absoluto, a dar más explicaciones.

El juez no está obligado a declarar todos los elementos de la prueba en que descansó para la formación de su criterio, o revelar sus excitaciones, que le han hecho negar o reconocer los hechos del proceso.

---

(135) Véase: Algunos opinan que las reglas de conocimiento general, y por el hecho de que sirven en la evaluación de los hechos del proceso, no tienen porqué guardar el mismo criterio de estos ... así pues, son supeditados a la norma jurídica (Véase: Vouilloz, *le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger*, Thèse Fribourg, Suisse, 1964, pág. 68). Para nosotros esta hipótesis se quebranta con la base de distinción entre el hecho y el derecho ya conocida en los principios generales. Pues, nosotros no determinamos de antemano los hechos del proceso, para decir, que todo lo que no es parte del mismo se considera supeditado al Derecho; lo cierto es completamente lo contrario. Nosotros conocemos las normas del Derecho y determinamos sus peculiaridades y por lo tanto lo que no guarda tales características será elemento de hecho. Si las reglas de conocimiento no son los hechos del proceso mismo porque se caracterizan por la generalidad, pero si pueden ser objeto de litigio, y de ahí se rinden a nivel del hecho ordinario. De otra parte, no contienen por seguro las características de la norma jurídica, porque, aunque poseen el elemento de la generalidad, carecen al mando, del legislador de aplicarla, y como es así, consideran como hechos en el sentido amplio de la palabra, y en todos los casos. Por consiguiente, no se debe tratarlas como derecho (Véase: Marty, ob.cit. pág.158 y sig. pág. 361 también Motulsky, *l'office du juge...* ob.cit. pág. 361).

Si el juez se apoya en su sentencia en una prueba de evidencia, no hay porqué criticarle si utiliza su conocimiento personal para evaluar los hechos del pleito.

En suma, pues, el juez no debe emplear sus conocimientos personales sobre hechos u objetos de litigio sobre los que él pretende apoyar su sentencia. Aquí sin distinción alguna entre un hecho de carácter privado, común o notorio, él puede abordar por su conocimiento personal, los hechos notorios o reglas de conocimiento general que sirvan en la evaluación de los hechos del proceso, y que no forman una base para su sentencia.

A la luz de esa verdad, que afirman los principios generales de la prueba predominante tanto en Egipto como en Francia, plantearemos el alcance de la aplicación de estos principios en el ámbito del Derecho extranjero.

Suponiendo que este Derecho no es elemento de hecho o -al menos- se trata igual que los hechos, debemos, pues, entregarnos a que él forma un hecho común o notorio, ya que su conocimiento es un hecho factible y accesible a todos.

Ahora bien, ¿significaría ésto que el juez puede aplicarlo de oficio y plantear su contenido de acuerdo con su conocimiento personal?. De acuerdo con la tesis que hemos defendido, la respuesta será ne-

gativa (136). Ya que sí se supone que el Derecho extranjero se considera un hecho notorio o se trata como tal, no hay lugar a dudas que él es uno de los hechos que el juez retiene como base al dictar una oportuna resolución de la sentencia. Lo cual exige que el juez no debe abordarlo por su conocimiento personal. Por el contrario, debe ser objeto de la prueba de acuerdo con los medios marcados por la ley,

La jurisprudencia francesa, de acuerdo con lo establecido de que el juez puede aplicarlo de oficio, lo habría tratado como hecho, sea hecho privado o común.

No obstante, si las partes pudieran probar el contenido del derecho extranjero, como es el caso de presentar una traducción acreditativa de sus preceptos, no hay porqué prohibirle al juez adoptar una interpretación del mismo, aunque varía de aquella invocada por las partes, y éste, utilizando su conocimiento personal como hubiera sabido de la interpretación dada por la jurisprudencia extranjera a los preceptos de éste.

Este hecho no se contrasta con la calidad de hecho del Derecho extranjero que defiende Batiffol.

---

(136) Lo curioso es que los tribunales ingleses que mantienen la tesis que distingue entre los hechos - privados y los hechos comunes y que permiten al juez el derecho de plantear, de acuerdo con su conocimiento personal, éstos últimos hechos, aunque sean objeto de litigio y forman la base de la sentencia, no tratan el Derecho extranjero como los hechos comunes y al juez le prohíbe conocerlo por su conocimiento personal de oficio. Ya que los tribunales ingleses tratan el Derecho extranjero como un hecho cualquiera y por lo tanto lo consideran objeto de la prueba. Véase: Husham Ali Sadiq, ob.cit. margen pág. 231

Ya que este resultado que adoptamos se basa en el derecho del juez de evaluar la evidencia presentada a él utilizando las reglas de conocimiento general.

No cabe duda que las distintas interpretaciones del Derecho extranjero dadas por la doctrina y la jurisprudencia, se consideran como cuestiones que su conocimiento sea accesible a todos; lo que permite al juez abordarlas de acuerdo con su conocimiento personal, ya que se consideran como una parte de aquellos elementos de la evaluación del hecho común de que el juez guarda como base en la elaboración de su sentencia y que las partes le han probado, de acuerdo con los principios generales de la prueba.

De otro lado, se ve que al no obligar al juez a la búsqueda del contenido del Derecho extranjero, se hace variar su tratamiento procesal, lo que no ocurre con el tratamiento del derecho patrio

El interrogante es, como consecuencia de ello, ¿se niega la naturaleza jurídica del derecho extranjero?

Nosotros no lo creemos y vemos que existe una corriente de juristas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de que tratan las normas consuetudinarias un tratamiento semejante al derecho nacional, facultando al juez su aplicación de oficio, si él conoce su normativa y no está obligado a la búsqueda de su contenido si lo desconoce. Y nadie concluye esa realidad de que las normas consuetudinarias son elementos de hecho.

Una evaluación de la posición de los tribunales franceses en facultar al juez el derecho de aplicar la ley extranjera sin que éste esté obligado a hacerlo:

La postura de los tribunales franceses en facultar al juez el derecho de aplicar la ley extranjera y la búsqueda de su contenido sin obligarle a ello, aunque no niega la naturaleza propia de esa, pero si conduce a unos resultados inadmisibles.

Ya que esta postura lleva a que los tribunales juzgan el Derecho extranjero caprichosamente, o al menos según los datos de conocimiento que lleguen a cada tribunal acerca de un derecho u otro; lo que empuje las partes a fraudar las normas de la competencia territorial y elegir el tribunal, de antemano, sabiendo que juzgaría de acuerdo con sus intereses en el pleito. Ya que hemos visto que Batiffol supuso, como arreglo a esta situación, obligar a los tribunales que apliquen el derecho extranjero de oficio, si el asunto tratara de orden público según la concepción interna(137).

La idea es obligar al juez la búsqueda del contenido del derecho extranjero, al menos en este supuesto cuando su aplicación implica la cuestión de orden público, ya que esta pura lógica concuerda con la esencia del papel del juez en el proceso y la filosofía que atiende el legislador tras la codificación de las normas conflictuales. En cambio, Batiffol, ha preferido establecer que, en el caso de que desconozca las normativas del derecho extranjero, debe pedir que

---

(137) Véase: Batiffol, note sous cass. civ. 12, mayo 1959 en Rev.Crit. 1960 pág.63.

las partes lo aprueben.

El jurista francés ha ido mas lejos aún al decir que si las partes no pueden llegar a probar el derecho reclamado competente por las normas de conexión, el juez debe rechazar la demanda; y éste tampoco puede aplicar el derecho patrio, en este caso, en su calidad como ley de competencia general para regir las relaciones del derecho privado, al menos que las partes puedan probar la imposibilidad de llegar al contenido del Derecho extranjero (138).

El profesor Batiffol, ha creído que la mejor forma para tener en cuenta las consideraciones del orden público en este supuesto, es obligar a las partes la búsqueda del derecho extranjero, facultando al juez el derecho a rechazar la demanda, cuando a éste le parezca que aquellas han querido excluir este derecho con el alegato de que han fracasado en probarlo. Si los intereses de las partes se unifican en escaparse de las normativas del derecho extranjero, a éstas no les faltará el medio para invocar las pruebas que interpretan el derecho extranjero en la medida que este concuerda con sus intereses particulares (139).

---

(138) Véase: Batiffol, ob.cit. también note sous cass. civ. 25, mayo, 1948, en Rev.Crit. 1949, pág.89 y sigs.

(139) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.227, Niboyet Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé, Revue de dr. int. et de législation comparée, 1928, núm. 6, pág.756 y sigs.

De otro lado, una gran parte de la doctrina francesa llegó a establecer que la exclusión del principio "Jura novit curia" del ámbito del Derecho extranjero no exime al juez de la obligación de la búsqueda del contenido de este sometiéndose al mandato del legislador en virtud de la norma - del conflicto que indique su aplicación y la que el derecho extranjero ha adquirido en su nombre, la - calidad de intervenir ante el juez del foro.

No cabe duda de la certeza de esta opinión que responda a las consideraciones generales que rigen el papel del juez en el proceso; lo cual nos exige abordar el alcance de la obligación de este en la búsqueda del contenido de las leyes extranjeras.

La obligación del juez de buscar el contenido del derecho extranjero:

Hemos señalado anteriormente, que aunque el juez no suponga el conocimiento de las leyes extranjeras, no obstante se le obliga a aplicarlas de oficio en cumplimiento de la voluntad del legislador en - virtud de las normas nacionales del conflicto.

Sin embargo, salta a la vista como si fuera - una contradicción lo que acabamos de decir el hecho de cómo obligar al juez a aplicar una ley que se supone que él desconoce.

La respuesta nos exige exponer el principio "Jura novit curia" y los límites de su aplicación en el ámbito de las leyes extranjeras para ver si en la exclusión del supuesto del conocimiento del



juez de aquellas, algo que le puede eximir de la búsqueda del contenido de las mismas ó no.

Si es cierto que el juez se obliga a revelar las normativas del derecho extranjero acatando siempre el mandato del juez en virtud de las normas nacionales de conexión, entonces ¿cuales son los límites y el alcance de esta obligación?

Examinemos primero: el principio ya mencionado y en segundo lugar: el alcance de la obligación del juez en la búsqueda de la ley extranjera.

EL PRINCIPIO "JURIT NOVIT CURIA" Y EL ALCANCE DE SER APLICABLE A LAS LEYES EXTRANJERAS

Entre los principios ya establecidos en la doctrina del derecho procesal, el principio de que "jura novit curia" o sea el juez es el que conoce la ley y las reglas de su interpretación.

Por lo tanto las normas del derecho no son objeto de la prueba y tampoco las partes se obligan a revelar el contenido o la interpretación de las mismas (140).

El fundamento de este principio reside en que la aplicación de la ley se considera como competencia exclusiva del poder judicial, por lo tanto a este debe encargársele la misión de revelar las normativas de aquellas para poder aplicarlas a los hechos del litigio en cuestión.

---

(140) Véase: Normand, Le juge et le litige, Thèse Lille, Paris, 1965, pág. 93.

El legislador impone la ley para restringir las libertades de los individuos en la medida en que se permite mantener el orden social y realizar los objetivos que ese pretenda llegar, y el juez debe - respetar la voluntad de su legislador y aplicar las normas del Derecho de oficio y hacer realidad el interés común de que esas normas son objeto (141).

Si los litigantes suelen revelar al juez la norma de la ley y, además, presentan una explicación de la misma en su defensa, ello no es más que una cooperación con los tribunales, empujados aquellos por sus intereses en el pleito.

Por lo tanto, la intervención de las partes, para colaborar con el juez, no libra a éste de su deber original de descubrir e interpretar los preceptos de la ley previo a su aplicación de oficio (142)

Si se supone que el juez conoce los preceptos de su ley, ¿ocurre lo mismo en cuanto a las leyes - extranjeras que el legislador le mandó aplicarlas en temas de conflicto?.

La mayoría de la doctrina egípcia y una parte de la francesa, contestan que se supone que el juez conoce las disposiciones extranjeras aplicables, en virtud de las normas del derecho internacional privado, de igual modo que ocurre con la legislación --

---

(141) Véase; Normand: ob.cit. pág. 193 y 197

(142) Véase: Normand: ob.cit. pág. 195

nacional (143).

Esta opinión, al parecer, se ve influida por la tesis italiana, que ve que el mandato del legislador, en virtud de la norma de conexión, no puede sino incorporar las normas del Derecho extranjero a las - normas nacionales y este se considera como una parte de estas (las normas nacionales) en el pleito donde aquél es aplicable, lo que conduce al hecho del deber de igualar entre ambas normas referentes al - tratamiento procesal.

Nosotros no podemos entregarnos a esta hipótesis, ya que no se puede suponer que los jueces conozcan las leyes extranjeras, no sobre la base del tratamiento de esas al respecto, como hechos, sino por su carácter de extranjería y además no están - publicadas en el estado del juez (144).

Así pues, nos inclinamos a que la ley extranjera conserve su carácter de extranjería con la preservación de su naturaleza jurídica, pues es la solución que concuerda con la naturaleza de las cosas y se conforma con la filosofía de la legislación.

Ya que el legislador nacional cuando indique la aplicación de una ley extranjera en una relación

---

(143) Véase: Hamid Zaiki: ob.cit. pág. 182. Al-Sanhouri ob.cit. pág. 55. Abdelmoneim el-Bedrawi, ob.cit. pág. 29. Djaber Djad, ob.cit. pág. 582. Abdelmoneim Farag Assadah, ob.cit. pág. 30. También Boquel, de l'office du juge en matière d'application des lois étrangères. Thèse Nancy, 1923, pág. 95.

(144) Véase: Maury: Reglas Generales .... ob.cit. núm: 70. Batiffol: Traité .... ob.cit. pág. 391. Bartin: - Principes ... ob.cit. pág. 276. Zajtay: La condition de la loi étrangère... ob.cit. pág. 12. Normand: ob. cit. pág. 205.

extranjera en una relación privada de aspecto internacional, tienda sin duda a conservar el carácter - de extranjería de esa ley porque la ve como la más idónea para regir esa relación.

Como consecuencia resulta un importante efecto referente a su tratamiento procesal, ya que la ley extranjera y por el hecho de que no se incorpora a la norma de conexión nacional, no se mezcla con ella y tampoco se rige por la norma de la misma, por lo tanto no se supone su conocimiento por el juez de igual modo que las normas nacionales del conflicto (145).

Si suponemos que el juez conoce la legislación nacional, será sobre la base de que las disposiciones de esa legislación son publicadas en el Boletín Oficial del Estado del juez.

Ya que la publicación de una ley en el Estado del juez supone que este la conozca, sin embargo desconoce la ley extranjera por el simple hecho de que esa haya sido publicada fuera de su Estado.

"Si el juez a veces, y al aplicar su ley, encuentra muchas dificultades y necesita mucho esfuerzo para superarlas pese a que los medios de búsqueda estén a su alcance ¿cómo se puede suponer que él conozca todas las leyes extranjeras" (146).

---

(145) Véase: Mohammed Kamal Fahmi. ob.cit. pág. 349.  
Izzeddin Abdallah, ob.cit. pág. 429

(146) Véase: Mohammed Kamal Fahmi, ob. cit. pág. 349

Podemos decir entonces, que no hay porque suponer el conocimiento de las leyes extranjeras por el juez nacional ya que la publicación de ellas ha ocurrido fuera del territorio de ese Estado (147).

Así pues, el supuesto de que el juez conozca el derecho extranjero se liga con la suposición de la publicación, y no con la naturaleza jurídica de la norma que fue publicada.

Por eso, nosotros rechazamos la opinión que se apoyó en el hecho de que el juez desconozca el derecho extranjero para llegar a considerarlo un elemento de hecho. Esa opinión ve que el calibre claro para apoyarse en la distinción entre el hecho y el derecho - porque es difícil y provoca imprecisión y ambigüedad - es que el derecho no necesita prueba para su existencia, ya que el juez lo conoce, mientras los hechos son objeto de la prueba.

Ya que el saber del juez no es la medida de distinción entre el hecho y el derecho, el juez puede no conocer el derecho, y eso no le libra de la búsqueda de su contenido y solucionar el litigio en virtud de las normas del mismo.

De otra parte, el juez puede conocer los hechos; no obstante, eso no le da derecho a sentenciar de acuerdo - con su pensamiento, un pensamiento personal de éstos (los hechos). Entonces, existe una diferencia entre el término "saber" en el lenguaje corriente y entre el sentido del mismo técnicamente definido por la doctrina del derecho - procesal.

---

(147) Véase: Laurent, Droit civil inter. t.II, Bruxelles, París, 1880-1882, pág 470 y sigs.

En síntesis, aunque el juez no conozca el derecho extranjero, no obstante a este no se le niega la naturaleza jurídica, ¿sigue el juez obligado a la búsqueda de su contenido?

Nosotros creemos que sí, pues la obligación del juez de buscar el contenido de la norma jurídica es una labor principal, independientemente del supuesto de que él la conozca o no; ya que este supuesto -como hemos dicho- está basado en el hecho de la publicación y la publicidad no es uno de los ingredientes de la norma jurídica (148).

Si es difícil suponer el saber de la norma jurídica aún no publicada por el juez originariamente, ello no significa dispensarle de la búsqueda del contenido de la misma para que pueda aplicarla a los hechos del proceso en cumplimiento de su obligación original que se lo exige su oficio.

Ya que el derecho extranjero, en tal caso, igual que las normas consuetudinarias las que aún resulta difícil suponer su conocimiento por el juez, no obstante, este último se obliga a descubrir el contenido de las mismas en sus calidades de normas jurídicas (149).

LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO ES UNA OBLIGACION DEL JUEZ CON LA COLABORACION DE LAS PARTES

La norma de conflicto procede de "unas consideraciones particulares, referentes a la política legislativa, si el legislador decide, por ejemplo, -

(148) Véase: Laurent: Droit civil inter. t.II, Bruxelles, Paris 1880-1882, pág. 470 y sig.

(149) Véase: Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág. 69

someter una noción en particular a unas normas de una ley determinada, ello significaría que esa ley ante los ojos del legislador es la ley más idónea para regir esa noción; y para efectuar esas consideraciones, al juez se le obliga a cumplir con la norma de conexión de oficio, esta en su calidad de mandato procedente a este de su legislador, siempre y cuando se trate de un caso con elemento extranjero, ya que como hemos visto, al juez no le supone conocerlo no obstante, la norma del conflicto sigue conservando su fuerza obligatoria y se interpreta entonces como un mandato dirigido del legislador - al juez para buscar el contenido del derecho extranjero y aplicarlo, sin que esta aplicación dependa, a petición de las partes, de lo contrario, sería un quebrantamiento de las consideraciones adoptadas por el legislador al legislar las normas conflictuales del derecho internacional privado"(150)

Ya que es siempre una obligación del juez - aplicar esa ley sobre los hechos del litigio sin - necesidad de que las partes invoquen las normas - de las mismas probarselas. Pues, si el derecho extranjero no está publicado en el estado del juez y por lo tanto no se supone que éste lo conozca originariamente, ello no niega la obligación de este a buscarlo. Así pues, el derecho extranjero, en este sentido, se acerca a las normas consuetudinarias de las cuales, aunque no se supone su conocimiento - por el juez, este se ve obligado a descubrir su - contenido y aplicarlas de oficio.

---

(150) Véase; Mohammed Kamal Fahmi, ob.cit. pág.353

De otro lado, el principio "Jurit Novit curia" termina prácticamente -por lo que se refiere a las normas consuetudinarias o extranjeras- en una especie de obligación de buscar el contenido de esas - normas y tomarlas en consideración en el momento del juicio (151).

Resulta clara, ahora, la diferencia entre el tratamiento de las normas legislativas nacionales y las demás normas jurídicas, sean consuetudinarias o extranjeras; al juez no le supone el conocimiento - originariamente de las normas consuetudinarias o las normas del derecho extranjero, al contrario, a éste le supone siempre el conocimiento de las normas legislativas (152).

Como consecuencia, el juez tiene el derecho de pedir la colaboración de las partes en la búsqueda del contenido de las leyes extranjeras y las normas consuetudinarias y esta ayuda no se considera como una obligación de estas, ya que el descubrir los preceptos de las normas extranjeras y consuetudinarias es una misión del juez y su obligación original.

No cabe duda que el juez se beneficiará de la colaboración de las partes, en la mayoría de los casos, pues el principio es la contradicción de los intereses de éstas en el litigio, lo cual puede empujar la parte interesada a la aplicación del derecho

---

(151) Véase: Mustafa Kamal Yassine, Problèmes relatifs, ob.cit. pág. 530.

(152) Véase: Cyrille David , ob. cit. pág. 202



extranjero, que buscará los preceptos de este para asegurar un fallo a su favor.

Pero en el supuesto de que se unifiquen los intereses de las partes en el proceso a excluir la aplicación del derecho extranjero, lo que puede empujarlos a no responder a la petición del juez en ayudarlo y este último debe abordar esta búsqueda solo, acatando el mandato de su legislador, ya que hemos visto que las consideraciones que exijan la aplicación del derecho extranjero, siempre guarda relación con el orden público.

Por último, no hay porqué decir que dicha colaboración por parte de los litigantes al juez niega a las normas extranjeras su carácter jurídico por decir que la búsqueda del contenido de las normas jurídicas aplicables al conflicto entra en lo mas vivo del oficio del juez.

#### LOS LIMITES DE LA OBLIGACION DEL JUEZ EN LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO

No cabe duda que la obligación del juez de aplicar la norma del conflicto trae consigo, necesariamente, la obligación de aplicar la ley declarada competente por esa norma, Y como la aplicación de esa ley, no es imaginable lógicamente, antes de descubrir el contenido de la misma, era natural establecer que la obligación del juez de buscar el contenido de la ley extranjera, constituye una consecuencia lógica de su obligación de aplicar las normas nacionales del conflicto de leyes.

Por otro lado y como no se supone que el juez conozca las leyes extranjeras, resulta necesario abordar entre esa realidad y la fuerza obligatoria de la norma de conexión, para adoptar la medida adecuada - que nos muestre las verdaderas dimensiones del alcance de la obligación del juez de buscar el contenido de la ley extranjera ya marcada su competencia por - las normas conflictuales del derecho internacional - privado.

Algunos han venido a decir que la obligación del juez de aplicar el derecho extranjero en virtud de la norma del conflicto, es una obligación de medio "de moyen" y no una obligación de resultado "de result"; ya que el juez "se obliga a emplear los medios que posee en conocer a los preceptos del derecho extranjeros y aplicarlos; consiguientemente y - como consecuencia, el juez no considerará que haya infringido su obligación por el simple hecho de que no haya aplicado el derecho extranjero competente - conforme a la norma de conexión, pero si se considera infringiendo su obligación si no hubiera esforzado los medios que posea en investigar las normas de este y aplicarlas" (153)

A pesar de que estamos de acuerdo con la anterior opinión, no obstante, preferimos considerar la obligación del juez de aplicar el derecho extranjero,

---

(153) Véase: Mohammed Kamal Fahmi, el control de la corte suprema de la aplicación del derecho extranjero... ob.cit. pág. 350.

obligación de resultado; y creemos que esta calificación de la obligación del juez que adoptamos, no significa que ignoremos las consideraciones prácticas; pues al juez le puede resultar prácticamente imposible llegar al contenido de las leyes extranjeras por razones ajenas a su voluntad. Y así se libra de su obligación de la aplicación de esas leyes, y queda, sin embargo, una considerable diferencia entre la hipótesis ya expuesta y la nuestra, puesto que la actitud que ve en la obligación del juez, obligación de medio, hace que esta obligación cae -conforme a las reglas generales del derecho- sobre el comportamiento personal de este.

No cabe duda, que este análisis que acabamos de mencionar, se contradice con la filosofía del legislador, que no quiso, tras legislar las normas de conexión, medir el alcance del comportamiento del juez en la aplicación de aquellas, como tampoco ha significado que al juez le bastará forzar la atención de la persona media como por ejemplo la obligación del abogado de hacer lo posible para ganar el juicio de su demandante. Ya que si la filosofía de la legislación conduce a decir -contrariamente- que la obligación del juez conforme a la norma de conexión es una obligación de realizar un resultado, ello es la aplicación del derecho extranjero que esa norma -cita su competencia, o sea la finalidad que el legislador, originariamente, pretendía tras la regulación de las normas del conflicto de leyes.

Y el juez debería realizar este resultado que le exigen las consideraciones del orden público, al menos que le hace imposible su realización por razo-

nes ajenas a su voluntad y conforme a los principios generales de la imposibilidad tal como esa fue regulada en la ciencia del derecho.

Sin embargo, nosotros comprendemos, que al no estar de acuerdo con la teoría de Fahmi, no despierta envergadura de valor práctico, ya que el juez no está obligado a probar el contenido de la imposibilidad o la causa ajena que le han impedido realizar el resultado que pretendía el legislador. Tampoco, al juez le bastará indicar en su sentencia, que le ha sido posible descubrir el contenido de la ley extranjera competente, sino debe, a nuestro entender, razonar su resolución, un razonamiento suficiente, para asegurar que a él le ha imposibilitado, verdaderamente, llegar al contenido de esa ley, si no que cabría la posibilidad de impugnar la sentencia ante la Corte Suprema como veremos mas adelante.

Quizás, esta diferencia esencial entre el tratamiento del derecho extranjero y el tratamiento de la legislación, se debe, básicamente, a las dificultades que se le atraviesan al juez en su búsqueda del derecho extranjero, y son las mismas consideraciones que han conducido a facultarle el derecho de pedir la cooperación de las partes.

No cabe duda que estas dificultades exigen que la doctrina no debería considerar el aspecto doctrinal del problema y, en cambio, hacer esfuerzo en sugerir los medios de conocimiento pertinentes para conocer el derecho extranjero, lo que intentaremos en lo siguiente.

SECCION IXLOS METODOS DE LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO DEL DERECHO  
EXTRANJERO Y LOS MEDIOS FACTIBLES PARA CONOCERLO:Planteamiento:

El estudio de los medios de la prueba del derecho extranjero atrae una trascendencia esencial en la doctrina del derecho internacional privado, ya que la regulación del conflicto de leyes no tendrá ningún valor práctico por muy integrado que sea -desde el punto de vista teórico- en tanto en cuanto no se presten la suficiente atención para posibilitar los medios de conocimiento del derecho extranjero - para que éste sea aplicable a los conflictos internacionales, ello es la finalidad lejana que atiende la regulación de los litigios, originariamente (154).

Lo que afirma la importancia de esta observación, es el hecho de que ha ocurrido en la práctica de que los jueces, y en repetidas ocasiones, hayan excluido las leyes extranjeras, prefiriéndose aplicar sus patrias escondiéndose así detrás de sus ignorancias de los preceptos de esas (155)

Por eso, y nos parece importante recalcar la prioridad de que debe prestar la doctrina en la búsqueda

---

(154) Véase: René David, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, 1950, pág. 51

(155) Véase: Note sous cass. 25, mayo 1948.

queda de los mejores métodos que ha de seguir para probar el derecho extranjero y potenciar el conocimiento de sus normas, en vez de sostenerse al carácter de hecho de esas para llegar a echar la carga de su prueba sobre las partes; lo cual puede hacer perder las consideraciones que el legislador nacional atiende tras la aplicación de esas leyes en su Estado (el Estado del juez).

Estudiaremos así en primer lugar: los medios con que el juez y las partes puedan acudir a la búsqueda del contenido del derecho extranjero.

#### LOS METODOS DE LA BUSQUEDA DEL CONTENIDO EXTRANJERO

#### La distinción entre los métodos de la búsqueda del derecho extranjero y los métodos de la probación de los hechos

¿ Se somete el Derecho extranjero a las reglas de la prueba judicial tal como estas fueron reguladas por el legislador?.

Nosotros no lo creemos, ya que, de un lado, si aplicamos las reglas generales de la prueba de los hechos sobre los métodos de la búsqueda del contenido del derecho extranjero, resulta la sumisión de éste al principio del intercambio de la carga de la prueba.

Así, cada parte debe probar tantos elementos jurídicos deducidos de la norma extranjera aplicable y que concuerdan con su interés y también si una de las partes ha podido probar el contenido de una determinada norma extranjera, la otra puede -de con-

formidad con las reglas generales- probar los elementos que pueden cambiar o enmendar el derecho personal, resultado de la norma probada por su adversario.

No cabe duda que la regulación técnica del intercambio de la carga de la prueba, de este modo, conduciría a la descomposición del derecho extranjero en la medida en que puede llevar a la derogación del contenido real del mismo (156).

No hay mas evidencias de la particularidad del método de la probación del derecho extranjero y su independencia de los medios determinados por la ley para probar los hechos, que lo establecido por la doctrina en excluir, la confesión y juramento - como medios de la prueba del derecho extranjero, pese a que son de los medios más usados para probar los hechos (157).

Ya que el juez no debe tomarse en consideración el reconocimiento de las partes y sus pactos - en un determinado contenido del derecho extranjero - pues es un deber de éste aplicar la ley extranjera realmente existente en el extranjero y no aplicar -

---

(156) Véase: Bartin, Principes de droit int.Privé, Tome I, Paris, 1930, 277. Vouilloz, ob.cit. pág. 84

(157) Véase: Maury, La condition ... Travux du Comité français... ob.cit. pág. 97 y sigs. Micard, Le rôle du juge dans l'application des lois étrangères, Thèse, Paris, 1.907, pág. 36. Boquel, ob.cit. pág. 94. Cyrille David, ob.cit. pág. 204.

una ley utópica que fuera impuesta por la voluntad de las partes o sus intereses en el proceso (158).

Así queda obvia la diferencia esencial entre la búsqueda del contenido extranjero y la prueba de los hechos.

Mientras que, se considera, generalmente, que la prueba de los hechos es respetar el principio de la soberanía de las partes en el proceso, además de tener en cuenta todos los hechos que no fueran objeto de litigio entre sí, encontramos sin lugar a duda -al contrario- que la aplicación de dicho principio con las exigencias del respeto de la voluntad de las partes en el ámbito de la búsqueda del contenido de las normas extranjeras, por el contrario, sería una desviación de la justicia y un sacrificio por el interés común que atiende el legislador tras la aplicación de estas leyes cosa que no es -admisible (159).

---

(158) Véase: Niboyet, *Qu'est-ce que la loi étrangère* ob.cit. pág. 761. Micard, ob.cit. pág. 36 y sigs. Ya veremos mas adelante, que el juez sí puede tomar en consideración lo pactado por las partes de normas, si el derecho extranjero aplicable les permite a aquellas traspasar de sus normativas. Ello ocurre particularmente en el ámbito de las relaciones contractuales en que el derecho extranjero permite a las partes contratadas, la exclusión de las normas complementarias de aqué. No obstante, ello no se considera un quebrantamiento a los principios ya mencionados, ya que el juez aplica, en realidad -en este caso- las normas del derecho extranjero que permitan a los contratantes -acordarse de lo contrario de que viene en las normas. Complementarios del mismo. Véase: Cyrille David, pág. 205.

(159) Véase: Laurent. *Droit civil inter. Tome II.* Bruxelles, Paris, 1880/1882 pág. 487. Niboyet, ob.cit. pág. 761.



No cabe duda que la diferencia ya mencionada se debe, básicamente, a que la búsqueda del contenido del derecho extranjero no se somete a las reglas generales de la prueba de los hechos (160).

Ya que el derecho extranjero puede necesitar probarlo en el sentido lingüístico de la palabra, - pero no es objeto de "la prueba judicial" como se entiende por éste término en la técnica jurídica, pues, el juez al revelar el contenido del derecho - extranjero, lo hace en búsqueda de la verdad de hecho y no de la verdad judicial como la exhiben los litigantes (161)

Como consecuencia, el juez puede emplear todos los medios que le facilitan el verdadero conocimiento del contenido del derecho extranjero sin restringirse de antemano por unos medios determinados, y en particular sin restringirse por los medios que el legislador ha dispuesto para probar los hechos (162).

---

(160) Véase: Vouilloz, ob.cit. pág. 84

(161) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 205

(162) Véase: Note sous cass. civ. 10, mayo, 1960, Clunet, 1961, pág. 762, 26 abril 1950, Rev.crit. 1950, pág. 429. Dalloz, 1950, pág. 361, Cyrille David, 6, febrero, 1962 y 21 mayo 1963, Rev. crit. 1964, pág. 499.

Ni el legislador egipcio ni el legislador francés han dispuesto, expresamente los medios a los que se puede acudir para buscar el contenido del derecho extranjero, por eso lo original será el derecho del juez en acudir a todos los medios del saber que ve mas válido para llegar a la verdad.

No hay porqué oponer a este criterio, por el hecho de que el juez no puede fundar su sentencia sin que dé conformidad de pruebas presentadas por los medios marcados por la ley, pues el cumplimiento de este principio se restringe por el ámbito de los hechos.

Ya que, las normas del derecho no son objeto de la prueba judicial, sino que el juez se obliga -en caso de no conocerlas- a acudir a todos los medios del conocimiento que le garantizan el saber mas seguro del contenido de las mismas (163).

Ahora y después de haber visto el carácter particular de los medios de la búsqueda del contenido del derecho extranjero y el marco general en que pueden ser admitidos, es preciso, entonces, el estudio de los mejores métodos a los que el juez o las partes pueden acudir a revelar las normativas del derecho extranjero.

Los métodos de la prueba del derecho extranjero se dividen, por lo general, en métodos orales y métodos escritos.

---

(163) Véase: Morel: *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>ème</sup>. ed. Paris 1949, núm. 470.

a) Los métodos orales de la prueba: Quizás el primero que salta a la vista es el interrogante de si se puede probar el derecho extranjero por medio de la prueba de los testigos.

Algunos, con razón, han contestado que no se puede probar las leyes extranjeras por la prueba del testigo, ya que el testigo, normalmente, da prueba - de lo que ha visto o lo que ha oído de los hechos, pues no es capaz de probar el derecho extranjero, ya que es una cuestión técnica, el testimonio referente a ello se considera mas bien experiencia (164).

La pericia oral: La opinión de que el testimonio, a propósito de las leyes extranjeras, es en el fondo una especie de pericia, concuerda con lo que ocurre en la práctica ante los tribunales ingleses - referente a la prueba del derecho extranjero.

A pesar de que la prueba del mismo se cumple por medio del testimonio -ya que es el medio que - más se adapta a los tribunales ingleses, particularmente- no obstante, la jurisdicción inglesa, como de costumbre, excluye las reglas procesales que rijan la prueba mediante el testimonio de los testigos en este caso.

Pese a lo general en el sistema inglés de que el juez no interviene en el conflicto, y no se pronuncia sobre excluir oír a un determinado testigo de oficio, en tanto en cuanto ninguna de las partes no han puesto testimonio de éste, en la práctica ocurre lo contrario en cuanto al derecho extranjero.

---

(164) Véase: Laurent, ob.cit. pág. 478. Chevallier, la carga de la prueba, ob.cit. pág. 52.

Los tribunales ingleses han establecido que "es derecho del juez excluir de oficio a un testigo sobre el contenido de un derecho extranjero determinado, si ve que este testigo no es capaz para esta misión" (165).

También lo general es que el testamento ante los tribunales ingleses se trata de los que ha visto el testigo o lo que ha oído de hechos.

El testigo no tiene que pronunciar su opinión personal o su valoración sobre los hechos, no obstante, los tribunales han facultado al testigo el derecho -incluso el deber- de opinar sobre las normas del derecho extranjero objeto de testimonio (166).

No cabe duda que la diferencia procesal - entre el tratamiento de los hechos por lo que se refiere a la prueba y al tratamiento del derecho extranjero desde este ángulo, se debe, básicamente, a que el testimonio en el ámbito del derecho extranjero es más bien cuestión de pericia.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo de acuerdo con los principios generales prevalecientes en los sistemas procesales de Francia y Egipto?, de otro modo, ¿se considera el testigo sobre el contenido del derecho extranjero como perito de acuerdo con las concepciones dominantes tanto en Francia como en Egipto?

---

(165) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 207

(166) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 207

Ya hemos dicho que el pronunciamiento de los peritos sobre el contenido del derecho extranjero, es la manera mas corriente adoptada por los jueces ingleses para probar estos derechos.

La jurisdicción allá, se intensifica hasta el extremo de que prohíbe al juez acudir a otro medio de los de descubrimiento del contenido del derecho extranjero, incluso abordar por su conocimiento personal de sus normativas. (167).

En cuanto a los tribunales franceses y egipcios -como norma general- no han acudido a la pericia como medio de probación del derecho extranjero.

Pero algunas sentencias francesas últimamente se han dirigido a admitir la pericia como medio para la revelación de las normas del derecho extranjero -influidas así por las nociones inglesas (168).

---

(167) Véase: Gutteridge, *Le droit comparé*, Traducción de René David, Paris, 1953, pág. 72. "No obstante, la jurisdicción inglesa ha suavizado su intensificación en algunas sentencias, cuando estableció de un lado que los jueces pueden abordar por su conocimientos personales, las normas del derecho extranjero, y de otro las sentencias se han apoyado en una copia auténtica de una disposición extranjera presentada por un litigante sin la oposición del otro, y por último, no es preciso que los tribunales ingleses exijan la pericia para probar las leyes dominantes en los territorios pertenecientes al "common Law", véase: Cyrille David, *ob.cit.* pág. 218 y sigs.

(168): Véase: La sentencia del Tribunal de la Seine de 1º de junio 1960, cit en *Clunet*, 1961, pág. 41 con el comentario de Lyon-Caen. La sentencia del Tribunal del Reine de 6, febrero, 1962, en *Clunet*, 1963, pág. 408 y el comentario de Merlin. *Rev. Crit.* 1964 con el comentario de Cyrille David, pág. 486.

Nosotros apoyamos esta actitud de adoptar la pericia junto con otros medios de prueba, en caso de que resulte difícil al juez conocer el contenido del derecho extranjero aplicable.

Aunque preferimos la pericia escrita sobre la oral, no obstante no vemos ningún motivo que impida la adopción de esta última, en algunos casos creemos que los preceptos del derecho egipcio apoyan esta - opinión, por ejemplo en el art. 245 de la ley de enjuiciamiento civil dispone que "el tribunal debe nombrar un perito para opinar oralmente en el pleno, sin presentar informe alguno, y fijar su opinión en el - acta".

Esta solución puede ser adoptada en Francia también, pese a que en la ley de enjuiciamiento civil no se haya expuesto más que la pericia escrita, lo que ha hecho que la doctrina no admita mas, salvo el derecho del juez de oír las averiguaciones del perito que completan su informe (169).

Acudir a la pericia para revelar el contenido del derecho extranjero no se contrasta con la naturaleza jurídica de este:

Algunos se ha opuesto a la ley de la pericia, como medio para probar el derecho extranjero, por - el hecho de que el legislador ha regulado sus normas, principalmente para la prueba de los hechos (170).

---

(169) Véase: Glasson et Tissier, Traité de procédure civile. 3<sup>ème</sup>. ed. tome II, Paris, 1926, pág.866

(170) Véase: Lessona: La preuve de lois étrangère Revue de droit internat. et de législation - comparé, 1895, pág. 553, Bouquel, ob.cit.pág. 108.

A nuestro modo de entender, resulta fácil contestar a esta oposición, ya que, como hemos dicho, tanto el legislador egipcio como el francés no han puesto una regulación especial para conocer las leyes extranjeras en caso de que el juez las desconozca, en tal caso no hay mas remedio que probar todos los medios que garanticen un conocimiento seguro de las mismas.

Y no cabe duda de que acudir a los peritos especialistas se considera parte de los medios ideales para llegar a la meta.

La admisión de la prueba, entonces, medio de la prueba de las leyes extranjeras, constituye un destino que exige la justicia y las reglas de la pura lógica, que se debe adaptar ante la laguna legislativa causada por los preceptos legales.

Los límites de restricción del juez por la opinión del perito;

Como la misión del perito es ayudar al juez a revelar las normas extranjeras, es preferible dar a este el poder discrecional necesario para elegir el perito que él crea el más capaz para pronunciar sobre el tema en cuestión.

De otro lado, y como la aplicación de la norma jurídica y la búsqueda del contenido propio del juez, sería natural que este no se restringiese, en su sentencia, por la opinión pronunciada por el perito.

Esta solución se conforma con los resultados de los principios generales en la prueba de los he-

chos mediante la pericia, donde la opinión del perito se somete a la valoración del tribunal en todos los casos (171).

No obstante, queda una diferencia importante entre los dos supuestos. Si el tribunal debe rechazar la opinión del perito o tomar una parte y dejar la otra, no tiene en absoluto, que abordar, por su propio conocimiento, los hechos objeto de pericia, si estos fueron objeto de litigio y forman la base de su sentencia.

La situación es distinta en cuanto al derecho extranjero, como hemos visto, ya que la aplicación del derecho es una tarea del juez, originariamente.

De igual modo, si el juez falla anulando la pericia por una razón u otra, los principios generales en la prueba de los hechos, conducen al hecho de que, si al juez le facilita el apoyarse sobre la pericia anulada, debe reforzar su sentencia, en este caso, con otro testimonio; si no, será nula su sentencia.

Pero si la ley extranjera era el objeto de la nula pericia, no hay porqué impedir al juez a considerarla sin hacer falta apoyar su sentencia con otro testimonio, porque es derecho del juez abordar de su propio conocimiento el derecho extranjero, originariamente.

b) Los métodos escritos de la prueba: Los métodos escritos de la prueba del derecho extranje-

---

(171) Véase: art. 246 de la ley de enjuiciamiento civil de Egipto y el art. 323 de la misma ley de Francia. Abdel moneim el-Shargawi: Derecho procesal civil y mercantil. El Cairo, 1950, pág. 455, Glasson et Tissier ob.cit. pág. 865 Note sous cass. civ. 3, mayo 1951, Colección de jurisprudencia civil de Egipto, año II, núm. 129, pág. 807 y 6 marzo 1962. Colección de jurisprudencia de Egipto, año III, núm. 96, pág. 560 y 2, junio 1955. La Colección, año IV, núm. 159, pág. 1192. Véase también: Note sous cass. civ. francesa de 16 de julio, 1914, Sirey 1917, t.I. pág. 25; 13, noviembre, 1918, Sirey, 1920, t.I. pág. 63



ro se pueden dividir en dos: La pericia escrita de un lado y, los elementos escritos, en general, de otro. Aquí intentaremos abordar ambos medios:

1º- LA PERICIA ESCRITA: El perito, tanto en Egipto como en Francia, declara su conocimiento sobre los hechos de la pericia en virtud de un informe que lo presenta al tribunal.

La jurisdicción francesa exige que la pericia sea escrita en todos los casos mientras que la ley egipcia haga facultad al juez, como hemos visto, de admitir la pericia oral.

Creemos que la pericia escrita puede facilitar al juez el conocimiento del contenido del derecho - extranjero aplicable tanto en Egipto como en Francia.

El juez puede, en caso de que no conozca la ley extranjera, determinar el perito el marco real del pleito y los puntos que él ve que la necesidad de concentrarse sobre ellos particularmente.

La pericia escrita y el principio de respetar a los derechos de la defensa de las partes:

El juez debe, conforme a las reglas generales de la ley de enjuiciamiento civil, hacer posible que las partes debatan el informe del perito y opinar - sobre ello. Pues, eso se considera como una aplicación del principio general establecido para respetar los derechos de la defensa de las partes del proceso.

Ya que hemos señalado que el juez no puede apoyarse en su sentencia en unos hechos o pruebas que -

que las partes no han tenido la oportunidad de discutirlos ( 171).

La situación, a nuestro modo de entender, no varía si la cuestión de la pericia es la revelación de las normas de una determinada ley extranjera. Como ya hemos dicho, aunque por lo general, el juez no está obligado a advertir a las partes del contenido de las normas jurídicas que él pretenda aplicar, no obstante, no es lo mismo cuando se trata de leyes extranjeras, lo cual, su aplicación de oficio puede causar -en virtud de que las partes ignoran sus normativas -una sorpresa a éstas, que se contradice con sus derechos en la defensa.

Por eso debe, en nuestra opinión, someter el informe del perito al contenido de las leyes extranjeras al debate mutuo entre las partes del proceso(172)

No cabe duda de que esta solución que se refiere a la particularidad del tratamiento procesal del derecho extranjero, concuerda completamente con la filosofía de la legislación y las normas de justicia.

Ya que el debate del informe, por parte de los litigantes, ayuda al juez en la mejora de la comprensión de las normas de la ley extranjera aplicable, además le brinda la oportunidad de asegurar la legi-

---

(171) Véase: Glasson et Tissier, *Traité de Procedure Bis civile*, ob.cit. pág. 393.

(172) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 231.

timidad de las informaciones aportadas por el perito de oficio, o a petición de las partes para aclarar cualquier ambigüedad sobre cualquier punto del informe.

Pues, dicho problema no se provoca, cuando se trata de la pericia verbal (oral), ya que la presencia del perito en el pleno y la discusión de las partes afirma una vez más, el respeto del derecho de la defensa.

2º Los documentos en general: Pueden comprender cualquier documento que facilita al juez el conocimiento de las normas de las leyes extranjeras tal como los ensayos de la doctrina, la jurisprudencia o los propios preceptos extranjeros. Lo que más distingue estos documentos del informe del perito en la pericia escrita, es que aquellos no fueron dictados como consecuencia de un juicio determinado, sino que incluyen datos que posibilitan al juez el conocimiento de la ley extranjera en general.

Se observa que si el juez pide ayuda a un perito para que revele el contenido de la ley extranjera, puede que el perito se apoye en su dictamen sobre los preceptos extranjeros o cualquier otro documento en general.

Los preceptos del derecho extranjero o una traducción de los mismos

No hay quien le impida al juez pedir ayuda a las disposiciones de la ley extranjera ó una traducción de la misma. Aunque es preferible que el tribunal precise que las disposiciones presentadas sean procedentes de un órgano competente o promulgadas -

en un ensayo científico acreditado, no obstante eso no se considera como una condición indispensable para la admisión de este testimonio en tanto en cuanto le convenga el tribunal. Ya que, el principio de la libre prueba rige la prueba de las leyes extranjeras (173).

De otro lado, tanto la jurisdicción francesa como la egipcia admiten este medio como medio de búsqueda del contenido del derecho extranjero estableciendo, ambos, la posibilidad de admisión de los preceptos extranjeros o una traducción de los mismos como evidencia para revelar sus normativas (174).

Los ensayos de la doctrina:

El juez puede, también apoyarse en su búsqueda del contenido de las leyes extranjeras, en los ensayos y la bibliografía que comprenda interpretación y explicación a esas leyes.

El Tribunal de Cassation francesa, ha confirmado este criterio en una sentencia del 26 de abril de

---

(173) Véase: Husham Ali Sadig. ob.cit. pág. 298.  
Ahmed Abu-el Wafa, ob.cit. pág. 585 y sigs.

(174) Véase: La sentencia del tribunal de apelación francesa de 14, marzo, 1952 en Rev.Crit. 1952, pág. 325 y el comentario de Batiffol, también 4 y 9 marzo 1953, en rev.crit. 1953, pág. 749 y el comentario de Loussouarn. Véase también Cyrille David, ob.cit. pág. 235. En la jurisdicción egipcia véase: La sentencia del Tribunal de Casación de Egipto (lo de civil), de 7 de julio, 1955.

1950, ya que el Tribunal de la Causa, había aplicado la ley francesa pese a que la ley aplicable al sistema de bienes, al cual se somete el casamiento de este pleito, era la ley americana (la ley del Estado de Indiana). Pues el tribunal de la Causa había rechazado apoyarse en un ensayo doctrinal en el derecho norteamericano presentado por una de las partes como testimonio único para la prueba de la ley competente conforme a la norma nacional del Derecho internacional privado, por el hecho de que "el demandante no ha presentado ningún documento para probar el contenido de la ley aplicable, y en particular no presentó la disposición de la ley extranjera que ha sostenido y tampoco ningún certificado acreditativo expedido por un poder competente".

El Tribunal Supremo de Francia ha casado la sentencia, porque el Tribunal de la Causa, "al dictar la sentencia no ha examinado el valor y la fuerza de la prueba presentada por las partes".

Lerebours Pigeonnière, en su comentario de dicha sentencia, señaló que el Tribunal de la Causa, ha sorprendido las partes por la aplicación de la ley francesa, alegando la no suficiencia de la prueba presentada para la prueba del derecho extranjero, sin advertirlas, lo que implica una infracción de los derechos de la defensa de las mismas.

De otro lado, la sentencia del Tribunal de la Causa envuelve un quebrantamiento de la norma nacional de conexión, ya que la aplicación del derecho patrio de modo supletorio se condiciona por facultar a las partes de la oportunidad de la probación del derecho extranjero declarado competente.

Y por último, la citada sentencia fue dictada con poco razonamiento, ya que ha rechazado el ensayo doctrinal como testimonio para probar el derecho extranjero sin dar justificación alguna a este rechazo (174).

De todos modos creemos que la casación de la sentencia del Tribunal de la Causa del pleito en cuestión, afirma que el Tribunal Supremo de Francia, niega determinar los medios de la prueba del derecho extranjero, originariamente, y afirma de nuevo, lo establecido por la jurisdicción de que lo general, en probar las leyes extranjeras es el principio de la libertad de la prueba y la admisión de cualquier prueba que pueda posibilitar el seguro conocimiento de las normativas de las mismas (175).

---

(174) Véase: Lerebours Pigeonnière, *Revue Crit.* 1950, Bis pág. 429 y sigs.

(175) Véase: Cyrille David, *ob.cit.* pág. 240. La jurisdicción inglesa permite que los jueces consulten los documentos públicos, tal como los ensayos de la doctrina, a condición de que el perito llamado a la probación del contenido de la ley extranjera hubiese sostenido en los mismos, su testimonio ante el Tribunal. Lo curioso es que dicha postura de la jurisdicción inglesa choca contra las reglas generales del derecho procesal inglés, ya que la regla de "The hearsay rule" prohíbe al testigo narrar los dichos de terceros o la opinión de los mismos sobre verdades objetos de la prueba, en tanto en cuanto aquellos no estén presentes en el pleno. Ya se ha dicho, para justificar dicha postura de la jurisdicción inglesa, que los ensayos doctrinales u otros documentos públicos se consideran en este caso como parte inseparable del contenido del testimonio del perito. Quizás lo cierto es que la infracción, de las reglas del procedimiento, que exige la particularidad de la probación del derecho extranjero encuentra su fundamento jurídico en lo establecido en los usos y la costumbre de Inglaterra y de la posibilidad de sostenerse a estos documentos para revelar el contenido de las leyes extranjeras. Véase: Cyrille David, *ob.cit.* pág. 237 y sigs.

La jurisprudencia:

El juez puede apoyarse en las sentencias dictadas en anteriores juicios que puedan facilitar el conocimiento de la ley extranjera aplicable en el pleito expuesto ante él.

No se puede oponer a este, por el hecho de que es posible enmendar la ley extranjera en el periodo posterior de dictar la primera sentencia.

Puesto que esta posibilidad cabe también en cuanto a la prueba mediante los tratados de la doctrina o mediante la aportación de los preceptos extranjeros mismos.

Ya que la prueba presentada al juez en lo relativo a la prueba de la ley extranjera, se somete a la absurda valoración de este, y naturalmente el puede apoyarse en sus conocimientos personales, y consiguientemente, el sostenerse a una sentencia anterior, no se considera error en sí mismo, sino que debe en todos los casos averiguar la legitimidad de los datos que vienen en la misma.

El apoyarse pues, en la jurisprudencia de los tribunales, pues , no es más que un medio de información tal como está en las demás pruebas de la que depende la revelación del contenido de la ley extranjera.

No obstante, corre el peligro en apoyarse en la jurisprudencia, en lo establecido por algunos y con certeza, de que cabe la posibilidad de la no concordancia del hecho objeto de litigio en la anterior sentencia con el hecho expuesto ante el juez. Asimismo,

el tribunal estaría obligado siempre a interpretar la anterior sentencia, que a su vez había interpretado la ley extranjera en cuestión, lo que hace de esta último objeto de doble interpretación; no cabe duda de que es una manera equívoca, y en última instancia se teme que conduzca a una derogación y desfiguración de esa ley.

Pero no debe excluirse completamente la jurisprudencia, como medio de prueba del derecho extranjero, ya que ello facilita, sin duda alguna, al juez el conocimiento de ese derecho, y a él le basta para evitar el anterior vicio; sólo toma en cuenta el valor real que puede dar a la jurisprudencia, y ello, por supuesto, varía de acuerdo con las circunstancias y acontecimientos de cada caso por separado.

Asimismo, el juez puede remitirse a los precedentes de las sentencias en todos los casos, sean éstas sentencias procedentes de la jurisdicción nacional en aplicación de una determinada ley extranjera, o procedente de los mismos tribunales extranjeros ( 176 ).

A nuestro modo de entender, la consulta de las sentencias extranjeras se considera como uno de los mejores medios que posibilitan al juez el conocimiento

---

(176) Lo curioso es que la jurisdicción inglesa y la que admite la noción de los precedentes, niega apoyarse a los precedentes de las sentencias nacionales que han revelado las normas de una determinada ley extranjera como evidencia para probar esa ley.



del contenido de las leyes extranjeras porque le revela las normas de esas leyes tal como lo ven los jueces allí. Es aconsejable siempre que el juez esté bien informado del alcance de la ley extranjera que él apoyó en ella y reflejó lo que esa ley da en lo relativo a los criterios dominantes en la jurisdicción extranjera, en general.

Ya volveremos a examinar detalladamente esa - noción al abordar el tema de la interpretación del derecho extranjero en los siguientes capítulos.

Los medios que posibilitan el conocimiento del derecho extranjero:

Hemos visto que la obligación del juez de - aplicar la norma conflictual del derecho internacional privado, trae consigo necesariamente, la obligación de la búsqueda del contenido de la ley declarada competente por esa norma.

Como esta búsqueda no es una cosa tan fácil en la mayoría de los casos, el juez le ha facultado el derecho de acudir a todos los métodos de la - prueba que la posibiliten el saber seguro de su contenido de un lado, y el derecho de pedir ayuda a las partes al respecto, por otro.

Por las mismas consideraciones, vamos necesariamente, pronunciar, al final, de este estudio, los métodos de la prueba del derecho extranjero, sobre unas proposiciones que puedan facilitar al juez el - saber de las normas de esas leyes y para que este - cumpla con su función en la aplicación de las mismas.

Esperemos, que las proposiciones encuentren la debida atención de los órganos competentes, particularmente, ya que las consideraciones que exijan la aplicación de las leyes extranjeras se conciernen siempre, con el orden público y lo que incrementa la importancia de este estudio, la evolución de las relaciones políticas, sociales y económicas entre los estados y particularmente, el incremento de las oportunidades de aplicación del derecho extranjero, lo que exige la necesidad de hacer posible el saber de las normas de las mismas.

Quizás estas mismas consideraciones han empujado la doctrina en Europa a tener en cuenta en este problema, como consecuencia del desarrollo de las relaciones económicas entre los estados europeos por la ocasión de la creación del Mercado Común Europeo (177).

Dividimos los medios propuestos en dos:

1.- Medios referentes a los esfuerzos que los estados hacen desde el interior de cada estado.

2.- Los esfuerzos que cada estado debe desempeñar en el ámbito internacional

---

(177) Véase: René David, informe presentado al ministro de Justicia y al Ministro de Educación y Ciencia, en *Revue int. de droit comparé*, 1963, pág. 331-365 en particular pág. 347. También Cyrille David, *ob.cit.* pág. 186

A).- Los medios propuestos en el ámbito interno

PRIMERO: Debe establecer un centro científico para los estudios de las leyes extranjeras bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia, y desempeñar la función de recuperación de los datos, biografía y documentos relativos a las diversas leyes extranjeras. Quizás, es necesario el acceso a este centro de un grupo de expertos especialistas en diversas ramas de las leyes extranjeras, con una misión, prestar la ayuda necesaria a los jueces interesados (178).

Así pues puede cumplirse la eficacia de la pericia como uno de los mejores medios de la prueba del derecho extranjero tal y como hemos visto.

Como la traducción de la bibliografía y los documentos extranjeros forman un obstáculo de gran envergadura en la búsqueda del contenido del derecho extranjero, será preciso el acceso de un cuerpo de traducción capacitado para acabar con los problemas lingüísticos que obstaculizan esa búsqueda (179).

Es preciso dar prioridad, en la recuperación de los datos, y en la especialización de los peritos, a las leyes que mas aplicación encuentran dentro de un estado, ya que la clasificación de las leyes extranjeras en virtud de la importancia de su apli-

---

(178) Véase: René David, ob.cit. pág. 347

(179) Véase: Shams Eddin el-wakil, ob.cit. pág. 75.  
Mohammed Kamal Fahmi. Los principios ....ob.  
cit. pág. 397 y sig.

cación en un territorio, matiza los esfuerzos al respecto, con una trascendencia de índole práctico, que debe estar en un lugar de consideración de primer grado.

Asimismo, debe observar la clasificación de cada ley extranjera por separado, no todas las leyes extranjera son iguales por lo que se refiere a los problemas que provoquen en el Estado - del juez, lo que exige la necesidad del estudio de los litigios de carácter internacional que se provocan normalmente ante los tribunales para deducir de ellos los problemas que se provocan más ante los tribunales de cada ley por separado y la concentración del estudio de estos problemas en particular.

SEGUNDO: Tal vez es necesario disponer determinadas salas en algunos tribunales donde la práctica muestra una multitud de los conflictos internacionales; estas salas tendrán como función el exámen de los juicios que provoquen conflictos entre leyes. No cabe duda de que este tipo de salas especializadas serán mas capaces en la comprensión de las leyes extranjeras, porque el mayor de los casos que ocurre en la práctica es la repetición, de la aplicación de una determinada ley extranjera para un mismo problema, repetidas veces y como consecuencia de ellos, la Sala adquirirá una amplia experiencia con el transcurso del tiempo.

Sin duda alguna, es necesario -de otro lado- encargar a los jueces en estas salas el estudio de las leyes extranjeras de mayor aplicación en los

institutos especializados, ya que el conocimiento de los principios generales de las leyes extranjeras por los jueces posibilitará a estos cuestionar al perito sobre las normas de la ley extranjera - objeto de la prueba del proceso.

TERCERO: Prestar mayor atención a los estudios comparativos y potenciar los planes de estudio del derecho extranjeros en los respectivos departamentos en las facultades de derecho. Tal vez sería provechoso el establecimiento de cátedras para dedicarse al estudio de las leyes extranjeras que mas se aplican ante los tribunales y fomentar la investigación entre los profesores e investigadores en el campo del derecho en general; y los tribunales, pueden pedir consulta a estos profesores en sus calidades de peritos especialistas en leyes extranjeras y éstos pueden dar un dictamen que se considere igual que informes de peritos.

B) Los medios propuestos en el ámbito internacional

No hay lugar a duda de corroborar el esfuerzo del estado propuesto en el ámbito interno con otro esfuerzo igual en el ámbito internacional. Proponemos al respecto lo siguiente:

PRIMERO: Celebrar los tratados internacionales en los que cada estado signatario se obliga a prestar los datos necesarios sobre sus legislaciones de las leyes extranjeras a cambio, el otro Estado contratante se obliga a responder a cualquier otra petición de carácter similar, así esta solución dar

a conocer las normas de las leyes extranjeras en cada Estado.

No cabe duda de que este tipo de convenios internacionales matiza la regulación de la prueba del derecho extranjero por la eficacia necesaria y hace de este intercambio entre Estados, una obligación internacional a cargo de estos estados.

Nosotros preferimos, al celebrar este tipo de convenios, tener en cuenta y disponer unas cláusulas que obliguen a las autoridades judiciales competentes en cada Estado, la rélica sobre cualquier duda que interese a los órganos judiciales o administrativos en los demás estados signatorios. Ya que la interpretación dada por un órganos administrativo será poco fiable por su carencia de la especialidad de un lado y su influencia en el mayor de los casos por las consideraciones políticas de otro lado, hace que estos órganos interpreten las leyes del Estado al que pertenecen por lo que se concuerda con aquellas consideraciones.

SEGUNDO: Creemos, por último, que es de provecho celebrar las convenciones internacionales que atiendan al intercambio de los datos jurídicos y los tratados doctrinales y las recuperaciones judiciales para que se facilite el saber de todas las enmiendas, rectificaciones y modificaciones de las leyes extranjeras.

No cabe duda de que esta cooperación es fácil para lograr, que cada estado tenga interés para que los demás estados conozcan sus leyes dominantes.

SECCION X

LA SOLUCION QUE HA DE SEGUIR ANTE LA IMPOSIBILIDAD  
DE LLEGAR AL CONTENIDO DEL DERECHO  
EXTRANJERO

Hemos señalado, que a veces al juez le resultará imposible, prácticamente en algunos supuestos, llegar a revelar el contenido de las normas del Derecho extranjero aplicable en virtud de la norma nacional de conexión.

Esta situación provoca el interrogante de qué solución ha de seguir este caso.

Lo curioso es que la mayoría de la doctrina en Egipto, no ha dado mucha atención a este problema pese a su gran trascendencia en la práctica. Al parecer, la postura de la doctrina egipcia se debe a la creencia de la misma que da al derecho extranjero, que se trata igual que la legislación nacional, o sea, se supone que el juez conoce sus normativas.

Mientras tanto, el derecho extranjero no se considera como mero hecho en el proceso, sino "como una ley egipcia y se supone que el juez la conoce  
 (180)

---

(180) Véase: Abdelmoneim Farag Assadah, ob.cit. pág. 30. Djaber Djad, ob.cit. pág. 582. Abdelmoneim el-bedrawi, ob.cit. pág. 99 y sigs. Hamid Zaki, ob.cit. pág. 182. Abdelrazag el-Sanhouri, ob.cit. pág. 55 y sigs. Mohammed Kamal Fahmi. Los principios, ob.cit. pág. 397. Husham Ali Sadig. Conflicto de Leyes, Alejandría, 3a.ed. 1974, pág. 269 y sigs.

No estamos de acuerdo con este criterio, ya que como hemos señalado, el supuesto de que el juez conozca la ley se basa en la presunción de la publicación, aunque el juez esta obligado, siempre a - buscar el contenido de la norma jurídica, en él no se puede suponer el conocimiento de la misma en caso de que esa no esté publicada en el país del mismo.

Por eso, hemos acordado entre el deber del - juez, el aplicar el derecho extranjero en todos los casos hallándose al mandato del legislador de conformidad con la norma del conflicto, de un lado y entre al no suponer el conocimiento del mismo, por otro por el hecho de que la obligación del juez de buscar el contenido del derecho extranjero, se termina al aplicar el mismo o a la imposibilidad de esa aplicación por razones fuera de su voluntad.

Tal vez entre los medios que hemos propuesto para posibilitar la misión del juez de revelar el - contenido de las leyes extranjeras, se encuentran - algunos que puedan disminuir los casos de imposibilidad, en algunos aspectos, constituye una realidad - difícil de ignorar.

Esta observación nos exige abordar la solución que ha de seguir en caso de ser imposible la revelación de las normas del derecho extranjero.

#### Plan de este capítulo:

Es preciso señalar, desde el principio y antes de abordar las soluciones al respecto, que no se puede, bajo ningún concepto, adoptar estas soluciones salvo en los casos en que sea imposible lle-



gar al contenido de la ley extranjera o cuando el tribunal no se convence de las pruebas presentadas por las partes en la prueba de la misma (181)

Pero en caso de que el problema objeto de exámen implique una variación entre la jurisdicción extranjera o no, sería objeto de la regulación legislativa allí y tampoco la jurisdicción o la doctrina lo habían examinado, el juez del foro en estos casos, debe seguir el criterio judicial mayormente establecido o el que mas conveniencia tiene en el país extranjero, en el primer caso, y debe, en el - segundo supuesto, dar la solución que él espera que diera la jurisdicción extranjera en caso de que a esa le fuese expuesto el asunto en el futuro tomando como guía los principios generales en el derecho extranjero.

Ya que el fundamento de dichas soluciones reside en que el problema no se refiere en estos supuestos a la prueba del derecho extranjero sino a la interpretación del mismo, como veremos mas adelante.

Así pues, el marco de nuestro estudio se determina por el examen de la solución que ha de seguir cuando la norma nacional del conflicto indique la aplicación de una determinada ley extranjera y - que al juez le ha sido imposible llegar al contenido de esa ley o que no se le convence por las pruebas - presentadas por las partes.

---

(181) Véase: Bischoff: La compétence du droit français dans le réglament des conflict de lois. Thèse Strasbourg, 1957, Paris, 1959, pág. 190.

La doctrina ha desacordado sobre este problema y aquí abordamos a las teorías mas sobresalientes al respecto.

RECHAZAR LA DEMANDA:

Rechazar la demanda es una de las soluciones propuestas cuando sea imposible llegar al contenido de la ley extranjera.

Se observa que el rechazo de la demanda puede ser un resultado lógico que lo exigen las normas generales y no provoca ninguna disputa doctrinal de índole especial. Por eso, debemos determinar primero, el ámbito de la aplicación de esa teoría antes de exponer nuestra propia valoración de la misma y el fundamento jurídico en que se basa.

La determinación del ámbito de la teoría:

Hay dos supuestos que no provocan ninguna dificultad especial y que el rechazo de la demanda en ambos, se considera como resultado natural de la imposibilidad de llegar al contenido de la ley extranjera. Bien porque el rechazo es consecuencia de las reglas generales en el derecho procesal civil, o bien como un resultado indispensable de la imposibilidad de la revelación de la norma de la ley extranjera.

Primer supuesto: La ley extranjera, puede intervenir en el proceso, en función de elemento de hecho, cuando por ejemplo las partes la eligen para regir sus relaciones contractuales en el supuesto donde no se provoca conflicto de leyes y se somete

consiguientemente al derecho interno (esto ocurre en el caso cuando la relación sea nacional en todos sus componentes), y la ley extranjera en este supuesto se considera como condición contractual y se trata - igual que los elementos de hecho (182).

Si el demandante fracasara al probar su contenido, el tribunal no tiene mas que rechazar la demanda basada en las normas de esa ley: y este rechazo se considera como una aplicación normal de los principios generales en el derecho procesal civil, que no provoca ningún problema especial.

Segundo supuesto: Ocurre que la ley extranjera interviene en el proceso como condición para aplicar las normas objetivas en el derecho patrio.

Entre los ejemplos tradicionalmente se dan, lo dispuesto en el art. 8 de la ley de 10 de agosto de 1927 en Francia, en que dicho artículo dispone - que, la mujer extranjera que se case con un francés no adquiere la nacionalidad francesa salvo a petición de la misma o en el caso de que su nacionalidad de origen fuese retirada como consecuencia de este - matrimonio.

Si la mujer extranjera, en este caso, no ha - pedido nacionalizarse por la nacionalidad francesa, y sin embargo ha sostenido la adquisición de la misma, ante los tribunales, pues, la aplicación de dicho precepto y considerarla como francesa o no, exige volver al derecho extranjero para saber si este -

---

(182) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.100

derecho le hace perder su nacionalidad de origen tan pronto como se case o le hace quedarse con esta nacionalidad pese al casamiento.

En el primer caso, la mujer se considera como francesa desde el primer día de su casamiento, mientras no lo es en el segundo caso, salvo que sí pudiese nacionalizarse por la francesa, expresamente.

Se provoca un supuesto semejante en Egipto, por la ocasión del art. 19 de la nueva ley de nacionalidad, pues, la nacionalidad de la República Árabe Unida puede desaparecer de la mujer casada con extranjero si esta ha manifestado su deseo y la ley del marido le permite a ella adquirir la nacionalidad de éste (183).

Pues el juez al devolver al derecho extranjero, es un asunto lo exige las necesidades de la aplicación del derecho patrio mismo, y la ley extranjera parece como condición de la aplicación de la ley nacional.

Basta referirnos a la importancia de la obligación del juez de consultar la ley extranjera de oficio, ya que esa se considera como asunto y no se prescinde de ello para llegar a aplicar la norma nacional misma.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación francés ha indicado, expresamente, su creencia en

---

(183) Véase: Shams Eddin el-wakil: La nacionalidad y la condición de los extranjeros, 2a.ed. Alejandría, 1960, pág.358.

que el volver a la ley extranjera en este caso, se considera una cuestión de derecho, contrariamente a lo que hay acostumbrado esta jurisdicción en repetirlo, que la aplicación del derecho extranjero competente de acuerdo con la norma de conexión, es una cuestión de hecho.

Nosotros aunque no estamos de acuerdo con la jurisdicción francesa en hacer esta diferencia, porque creemos que la ley extranjera interviene en ambos casos con conformidad del mandato del legislador nacional, y, adquiere de la norma nacional del conflicto en el último caso el elemento de mandato que lo ha perdido tras la frontera; no obstante, creemos en la necesidad de distinguir entre los dos supuestos por lo que se refiere al efecto que sigue la imposibilidad de conocer, la norma del derecho extranjero.

Y como ha acertado Batiffol, que si ha sido imposible la probación del derecho extranjero y fracasaron todos los intentos de la revelación de su contenido, la solución que ha de seguir en caso de conflicto de leyes -de acuerdo con la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia en Francia- es la aplicación del derecho patrio en su función de ley de competencia general para regir las relaciones del derecho privado.

Sin embargo, esta solución no se puede tomar, lógicamente, cuando el conocimiento de la ley extranjera sea una condición indispensable para la aplicación del derecho nacional. Si la aplicación de la norma nacional depende, originalmente, del conocimiento del derecho extranjero, al ser posible

llegar al contenido de este último hace imposible la aplicación de la norma nacional y por lo tanto no hay mas remedio que rechazar la demanda (184).

Fuera de estos dos supuestos y concretamente en los casos en que el derecho extranjero sea - aplicable conforme a la norma nacional de conexión, el rechazo de la demanda, al ser imposible la revelación de la norma de esa ley, provoca disputa - doctrinal que intentaremos abordar aquí.

Ahora bien, los partidarios de la teoría objeto de este estudio, ven la necesidad de que el - juez rechace la demanda; en este caso, deberíamos examinar el alcance de la licitud de este criterio.

#### La valoración de la teoría:

El rechazo de la demanda, como solución, - conduce -con certeza, como opinaron algunos- a la negación de la justicia, y se contradice con lo- establecido en el art. 4 del Código Civil Francés y el art. 2 del Código Civil Egipcio (185).

Nosotros no creemos en la certeza del criterio que dice que la negación de la justicia es mucho mejor que quebrarla aplicando otra ley que no sea que su aplicación fue indicada por la norma de conexión, ya que la designación de la ley competente no

---

(184) Véase: Batiffol: Rev. Crit. 1963, pág.266

(185) Véase: Bouquel, ob.cit. pág. 58, Arminjon, Précis de droit int. ob.cit. pág. 391.

no es mas que un medio para resolver los litigios particulares con carácter internacional del modo que el legislador vea que más cumpla la justicia. Si el juez le ha sido imposible aplicar la ley - competente designada por la norma nacional del conflicto, debe entonces aplicar otra ley - aunque sea menos conveniente a los ojos del legislador, pero mejor, sin duda, que la negación total de la justicia que no podemos entregarnos a ella (186).

Pués, el juez al aplicar otra ley puede, también llegar a rechazar la demanda si el derecho demandado no tiene su fundamento jurídico o choca contra el orden público, y el rechazo de la demanda se considera en estos casos como fallo en el litigio de acuerdo con las reglas generales. Lo que está - prohibido a nuestro modo de entender, es el rechazo de la demanda por el mero hecho de la imposibilidad de conocer las normas del derecho extranjero aplicable.

Solamente en estos límites el rechazo se considera como negación de la justicia.

No cabe duda de que la solución que admite el rechazo de la demanda en caso de que sea imposible llegar al contenido del derecho extranjero conduce - a resultados desesperantes. Tal vez en el ejemplo - del caso Walton una muestra de los defectos de esta solución.

---

(186) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.120 y sig.

Los hechos del ilustre caso Walton ante los tribunales norteamericanos se puede resumir en lo siguiente: "un choque ha ocurrido en Arabia Saudí entre el vehículo del Sr. Walton de nacionalidad norteamericana, contra un camión de transporte - perteneciente a una compañía norteamericana. El - primero, demandó un juicio ante el tribunal federal del estado de Nueva York contra la compañía re clamando la indemnización de los daños y perjuicios causados del accidente, que ni el demandante ni el demandado hayan invocado la aplicación de la ley saudí como ley aplicable en virtud de la norma - conflictual del derecho norteamericano, y como el - tribunal ignora el contenido de la ley saudí, pidió que el demandante la probara. Pero este último no - ha presentado ninguna prueba que revelara la norma de esa ley, en virtud de la cual el tribunal ha fallado rechazando la demanda del demandante , y se confirmó esa sentencia en la apelación"(187)

La doctrina norteamericana, ha criticado con dureza esta sentencia por el hecho de haber chocado contra las simples reglas de justicia y dejar sin valor el derecho del perjudicado en pedir la indemnización de la poderosa compañía argumentando que el - tribunal no ha llegado al contenido del derecho extranjero aplicable.

Queda claro el deber de excluir la teoría del rechazo en los casos en que sea imposible probar el derecho extranjero aplicable indicado por la norma de conexión. Ya que la búsqueda del contenido del -

---

(187) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 97 y - Husham Ali Sadig. La condición del derecho extranjero, ob.cit. pág. 319.



derecho extranjero es, por lo general, una obligación del juez y la intervención de las partes al respecto no se considera más que una colaboración que no llega al grado de la obligación. Pues, la aplicación de las leyes extranjeras responde al bien común que concierne al orden público y muy vinculado a la concepción de la justicia del legislador nacional, por lo tanto, no se debe rechazar la demanda - como castigo al litigante que pretenda devolver (descomponer) de las normas de la ley aplicable.

C). La fundamentación de la teoría del rechazo de la demanda

Esta teoría que fue aplicada por los tribunales norteamericanos, en particular, afirma que el derecho extranjero es elemento de hecho -o al menos- se trata como tal, ya que el juez rechaza la demanda conforme a las reglas generales del procedimiento civil, cada vez que le sea difícil a este último probar los hechos que apoyan sus pretensiones (188).

Esta observación nos empuja a preguntarnos sobre la postura del derecho positivo tanto en Francia como en Egipto por lo que se refiere a la teoría del rechazo porque en ello se encuentra la importancia - de aclarar la realidad del tratamiento procesal del derecho extranjero ante el foro de ambos.

A pesar de que algunas sentencias francesas - han sido influidas por esta teoría, no obstante la mayoría de los tribunales se han reiterado la apli-

---

(188) Véase: Glasson et Tissier, traité, t.II.  
ob. cit. pág. 656.

cación del derecho nacional en los casos en que ha sido imposible revelar las normas de la ley extranjera aplicable como veremos (189).

Algunos le han atribuido al tribunal de Casación Francés, la aplicación de la misma en su - sentencia del 25 de mayo de 1948, ya mencionada - (190).

En suma, no hay lugar a dudas de que la opinión dominante en Francia, tanto la doctrina como - la jurisprudencia, rechaza la aplicación de la teoría del rechazo al ser imposible el conocimiento - de la norma del derecho extranjero aplicable.

La situación no varía mucho en la República Árabe Unida a pesar de que el Tribunal de Casación de Egipto no ha pronunciado su opinión expresamente sobre la solución que ha de seguir al ser imposible llegar al contenido de la ley extranjera, no obstante, parece que los tribunales de las causas atienden a la aplicación de la ley del foro rehusando así, - la teoría del rechazo. (191).

---

(189) Véase: La Sentencia del Tribunal Avesnes, de 25 de sept. de 1963, cit. en Rev. Crit. 1965 pág. 130, y el comentario de Ballet.

(190) Véase: El comentario de Vasseur sobre la sentencia J.C.P., 1948, t.II, pág. 4542.

(191) Véase: La sentencia del Tribunal de Casación de Egipto, 7 de julio, 1955, año VI, núm. 132 pág. 1347.

Asimismo, la doctrina egipcia nos parece que niega la teoría del rechazo, y una parte de la misma se inclina por la aplicación del derecho patrio al ser imposible descubrir las normas de la ley-extranjera aplicable.

Sin embargo, la opinión mas extendida en la doctrina no imaginaba, originariamente, el supuesto de la imposibilidad de llegar al contenido de la ley extranjera como veremos.

En resumen, la opinión mas prevaleciente tanto en Egipto como en Francia, como hemos dicho, excluye la teoría del rechazo ya mencionada.

Esta solución reafirma la equivocación de decir que el tratamiento del derecho extranjero en Francia, se asemeja completamente con el tratamiento de los hechos (192).

Si es cierto que la ley extranjero es un elemento de hecho -o al menos se trata como tal- debería aplicarse la noción del rechazo de la demanda al ser imposible su prueba de acuerdo con las reglas generales que rigen la misma en ambos ordenamientos de Egipto y Francia.

Algunos han intentado separar la aplicación de la teoría del rechazo, del problema de la naturaleza del derecho extranjero en general, estableciendo que esa teoría no se basa en la naturaleza real del

---

(192) Véase: Dole. De application du droit étranger par le juge intern. Rev. Crit. 1955, pág. 241.

derecho extranjero, sino en el carácter imperativo de la norma nacional de conexión, lo cual, necesariamente faculta al derecho extranjero una competencia absoluta en los casos en que esa indique su aplicación (193).

Este sector de la doctrina afirma su opinión de que la jurisdicción inglesa, que trata el derecho extranjero como hecho, varía, por su parte, de la jurisdicción norteamericana, en que aquella aplica la teoría del rechazo, y en cambio, aplica el derecho patrio en todos los casos en los cuales resulta imposible para las partes, revelar el contenido de la norma aplicable del mismo.

Nosotros rechazamos este análisis y afirmamos, al contrario, que la adaptación del rechazo de la demanda al ser imposible la prueba del derecho extranjero competente, muestra la creencia del tratamiento de este derecho igual que los hechos. Puesto que el rechazo de la demanda es un resultado lógico de la regulación técnica de la carga de la prueba en lo relativo a los hechos, lo cual exige la pérdida del juicio cuando el demandante fracasara en probar sus pretensiones (194).

No cabe duda que sería una equivocación admitir

---

(193) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág. 104

(194) Véase: Aubry et Rau: Cours de droit civil, 4<sup>ème</sup> ed. Tome VIII, Paris, 1878, pág. 161.

la teoría del rechazo de la demanda tal como ya fué expuesta, porque el juez debe librarse de dar una solución al conflicto con el pretexto de la ausencia de la norma aplicable o la imposibilidad de conocerla. Esto contribuiría un comportamiento extraño en su papel habitual en el proceso, tal como está establecido en las reglas del derecho procesal civil. Ya que el juez está obligado, a pronunciarse sobre las reglas generales del conflicto expuesto ante él en todos los casos, no hacerlo sería denegar la justicia.

La repetición del rechazo de la demanda constituye una infracción imperdonable de las reglas de justicia y de las necesidades de la estabilidad de los negocios en el estado.

Ahora bien, ya que hemos excluido la teoría del rechazo para no chocar contra las reglas de la justicia y ahondando además en la naturaleza del papel del juez en el proceso, debemos buscar otra solución que habría que seguir.

La aplicación de los principios generales dominantes en los estados civilizados:

El contenido de la teoría:

Algunos ven, si ha sido imposible que el juez llegara al contenido de la ley extranjera, que debe aplicar lo que llaman "los principios generales" o "las reglas de mente" deducidas de la mente, la lógica y la justicia, o "los principios generales pre-  
valecientes en los países civilizados. (195)

---

(195) Véase: Batiffol, traité, ob.cit.pág. núm.351  
Cyrille David, ob.cit. pag. 110, Mustafá Kamil  
Yassine, ob.cit. pag.548.

Algunas sentencias norteamericanas han adoptado esta teoría suponiendo la concordancia de - las normas de la ley extranjera que fue imposible la revelación de su contenido, con algunos principios de la justicia dominante en las naciones civilizadas (196).

Otras sentencias han sido influidas, en - Francia, por este criterio. La Cour de Cassation Française, en su sentencia del 16 de mayo de 1888, rechazó la impugnación contra la sentencia del tribunal de apelación cuando este aplicó la ley francesa en lugar de la ley norteamericana aplicable, justificando el rechazo por el hecho de que, aunque era cierto que la ley norteamericana era la competente de acuerdo con las normas francesas de conexión, no obstante, la decisión del tribunal de la causa - concuerda con las normas de esta ley "ya que el demandante no ha podido probar la ley que él pretende le exima de la responsabilidad, que recae sin duda sobre él, de acuerdo con los principios de la justicia ya reconocidos internacionalmente (197).

Así pues, el tribunal de casación, ha supuesto, ante la imposibilidad de conocer la norma de la ley norteamericana aplicable, la concordancia de las normas de esa ley con el principio pronunciado por el tribunal de la causa que exige la responsabilidad del culpable en todos los casos y por el daño causado a terceros, ya que este principio se considera como uno de los principios deducidos de las -

---

(196) Véase: Cyrille David, ob.cit. pág.110

(197) Véase: Husham Ali Sadig. ob.cit. pág. 329, Cyrille David, ob.cit. pág.111.

La evaluación de la teoría:

Es difícil entregarnos al supuesto de la concordancia de la ley extranjera cuyo contenido ha sido imposible revelar, con el llamado "Principio de justicia reconocido en las naciones civilizadas". Esta noción inspirada en el Derecho natural es difícil de determinar y faculta al juez un amplio poder que puede determinar prácticamente la aplicación de su ley escondiéndose así detrás de esta ambigua noción (198).

Asimismo, el juez podrá aplicar unas normas de origen extraño y en su mayoría inspiradas en los principios del Derecho natural, excluyendo la parte que no concuerda con "los principios de la justicia general" tal y como él los imaginaba (199).

Además, es sospechoso que el juez acepte en estos casos, el intento de las partes de probar que el contenido del Derecho extranjero es diferente del llamado de "los principios de la justicia"; porque él cree que estos principios son considerados como de orden público internacional y el conflicto se resuelve de acuerdo con el criterio que le parezca al juez sin que la cuestión del conflicto de leyes se provoque originariamente.

Así aparece que la gravedad de esta solución no se apoya, en nuestra opinión, en ningún fundamento del derecho positivo. Es difícil encontrar en la norma nacional del conflicto un fundamento jurídico de esa teoría (199),

---

(198) Véase: Batiffol, *Traité*, ob. cit. núm 406.

(199) Véase: Mustafa Kamil Yassine, ob. cit. pág 548.

El legislador cuando indica la competencia - de una determinada ley extranjera, para regir un litigio, ve, en realidad, que esta ley es la más idónea para realizar la justicia a la luz de la naturaleza de la relación.

En caso que resulte difícil revelar las normas de - esa ley, ¿sería mejor aplicar la ley cuyas normativas se - aproximen más a aquella que fuese imposible su aplicación?

Eso es lo que pretendemos contestar en lo siguiente.

La aplicación de la ley que sus normas se aproximan más a una ley que ha sido imposible revelar su contenido:

El contenido de la teoría:

Algunos ven que si resulta imposible conocer las normas de la ley extranjera, el juez debería aplicar la ley - para que sus normas se aproximen más a la ley extranjera - originariamente aplicable (200). Si, por ejemplo, la norma conflictual del Derecho Internacional Privado indica la - competencia de la ley americana y que ha sido imposible conocer sus normas, el juez debe en este caso aplicar la ley inglesa ya que ésta es de la misma "familia jurídica".

Por eso, ha resultado difícil llegar a las normas de una ley cualquiera, que gire en la órbita del Derecho francés y que haya sido influida por los principios existentes

---

(200) Véase: Bischoff, La compitance du droit française - dans le règlement des conflicts de lois, Thèse Strasbourg, 1957, Paris, 1959, pág 191.



en la Recopilación Napoleónica; sería mejor, entonces, aplicar esta última en su calidad de la ley más próxima a las normas de aquellas que haya sido imposible su aplicación. (200)

Evaluación de la teoría:

Esta opinión se distingue por tratar en lo posible - de coincidir con la filosofía de la legislación, aplicando la ley para que realice los resultados más próximos a los que atienda el legislador, originariamente, al legislar - las normas nacionales de conexión.

No obstante, dicha opinión choca contra obstáculos - que ponen en duda los resultados que el legislador pretende realizar. Es difícil - para no decir imposible - asegurar al alcance de la proximidad entre los - distintos ordenamientos jurídicos. (201)

Ya que el legislador, mayoritariamente, inspira sus normas en diversas leyes, por lo que es difícil concretar cuáles eran las más próximas a las normativas de la ley - cuyo contenido le haya sido imposible revelar.

Incluso en los supuestos en que se puede decir que - haya proximidad de normas de dos legislaciones distintas, o pertenezcan a una fuente, es siempre imaginable la evolución de las normativas de una de ellas, bajo la influencia de las circunstancias sociales y económicas dominantes en la sociedad donde se apliquen, lo que las matizaría por -

---

(200) Véase: Bischoff, ob. cit. pág 191.

Bis

(201) Véase: Id. pág 191.

una índole particular que las puede alejar completamente - de las normativas de la legislación que se asemejara con - ella.

De igual manera, puede ocurrir que se den dos interpretaciones de un precepto en dos países distintos, lo que conduce a una diversidad bastante clara en los resultados deducidos de ambas interpretaciones, y con ellos sea difícil hablar de unión de normas de las dos legislaciones ante el problema en cuestión. (202)

Por tanto, nos parece que la aplicación de la ley más próxima a la invocada por la norma de conexión, provoca dificultades prácticas que no se pueden ignorar. Asimismo, es dudoso siempre llegar a una solución del litigio - de modo que se aproxime, realmente, a los que intentó el - legislador al referirse a las normas nacionales de conexión.

Por último, algunos añaden que es imaginable que el - juez fracasara, también, en descubrir el contenido de la - ley más próxima, igualmente en lo que ha ocurrido referente a la ley aplicable, originariamente, lo que exige al - fin y al cabo el volver a la ley del juez. (203)

---

(202) Véase: Vabres, L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois, Thèse, Paris, 1905, pág. 556.

(203) Véase: Maury, Règles générales de conflits de lois, ob. cit. pág 401 y Cyrille David, ob. cit. pág 106, margen 27.

#### LA APLICACION DE LA LEY DEL JUEZ

##### Planteamiento:

Volver a la ley del juez al ser difícil revelar - la norma de la ley aplicable, es la solución dominante en la doctrina y la jurisprudencia francesa (204). Aunque la jurisprudencia de Egipto no ha tenido la oportunidad, por lo que sabemos, de manifestar su opinión claramente, no obstante, parece sin embargo que adopta la misma actitud francesa, apoyada por una parte de la doctrina. (205)

---

(204) Véase: La sentencia del Tribunal de Pau de 14 de febrero de 1882 en Sirey, 1884, tomo II pág 129; y la sentencia del Tribunal de París del 6 de febrero de 1913, en REv. Crit. 1913, pág 833. El tribunal de París también el 6 abril, 1962 en Clunet, 1963, pág 132 y la sentencia de - 26, enero, 1962 en Clunet, 1963, y 8 noviembre, 1963 en - J.C.P., 1964, tomo II, pág 13474; Batiffol, Traité, ob.cit. núm 351; Maury, Règles générales de conflits de lois, ob. cit. pág 401. También Maury, La condition de la loi étrangère en droit français, Travaux du Comité Français de droit internationale privé (1948-1952), París, 1953, pág 1137, y Huet, Les conflits de lois en matière de preuve, Thèse, París, Dalloz, 1956, pág 151.

(205) Véase: El Tribunal de Cassation de Egipto de 7 julio 1955; Mohammed Kamal Fahmi, El control de la Corte Suprema sobre la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito - del conflicto internacional de leyes, Revue, Derecho y Economía, El Cairo, núm 3, 1963, pág 353, y Principios del Derecho internacional privado, ob. cit. pág 397. El anteproyecto del Código Civil de Egipto incluía un precepto que - establece la remisión a la ley del juez: "en todos los casos en que se instituye que una ley extranjera es la aplicable, se aplica la ley egipcia si resultara difícil la - probación de la existencia o el contenido de la misma". - Precepto que fue excluido sin mencionar la razón de su exclusión, cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 334.

En cuanto la mayoría de la doctrina en Egipto, al parecer ha rechazado el supuesto de que le sea imposible al juez conocer las normas del Derecho extranjero, ya que esa doctrina ha supuesto que este último las conozca; lo que - puede levantarse como estorbo impidiéndole descomponer la aplicación del Derecho extranjero.

Ya hemos señalado anteriormente que esta hipótesis - no tiene fundamento; además, ignora una realidad, en nuestra opinión, que no se puede negar: es imaginable siempre que al juez le resulte difícil, en algunos supuestos, llegar a descubrir el contenido de la ley extranjera aplicable. (206)

La solución es volver a la ley del juez, que aunque representa la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia, en la mayoría de los países del mundo (207) evita, por su sencillez, muchas de las dificultades prácticas que pueden provocarse por otras soluciones como hemos mencionado; no obstante, esta solución ha incitado una polémica en torno a su fundamento.

Por otro lado, si bien esta solución se caracteriza por su simplicidad, no obstante, su adopción en todos los casos no deja de tener defectos, lo que provoca que su exclusión en algunos supuestos sea un tema preceptivo.

Así pues, abordaremos en primer lugar el fundamento de la solución que adopte la aplicación de la ley del juez, y en segundo lugar examinaremos las restricciones sobre la aplicación de este principio.

---

(206) Véase: Husham Ali Sadig, pág 335.

(207) Véase: Maury, ob. cit. pág 401

### EL FUNDAMENTO DE LA APLICACION DE LA LEY DEL JUEZ

#### La teoría de la suposición en la doctrina inglesa:

Nosotros excluimos, desde el principio, la razón en que se funda la aplicación de la ley del juez ante los tribunales ingleses por su esencial diferencia del fundamento de esta aplicación tanto en Egipto como en Francia.

Ya que hemos demostrado que el comportamiento de los tribunales ingleses se funda en la teoría de la suposición, si bien aplica la ley inglesa, siempre supone la autenticidad de sus normas con la ley extranjera competente y con la conformidad de la norma de conexión.

Así, la ley nacional no se aplica desde el punto de vista teórico en su calidad de tal, sino como una ley extranjera. (208)

Mientras, el problema es distinto de acuerdo con la opinión prevaleciente en Francia y una parte de la doctrina egipcia, donde el juez aplica su ley nacional en calidad de tal cada vez que al juez le sea imposible llegar al contenido de la ley extranjera aplicable.

Por otro lado, nosotros excluimos también el criterio que dice que el fundamento de la aplicación de la ley del juez en dichos supuestos, es el consentimiento de las partes de aplicarla. Esta opinión es ajena a las reglas del procedimiento procesal civil tanto en Egipto como en Francia, y no se apoya en un fundamento fidedigno.

---

(208) Véase: Cyrille David, ob. cit. págs 104 y 120.

Ya que la aplicación de las leyes extranjeras no se funda en la voluntad de las partes, hemos visto que el juez, cuando aplica la ley extranjera sobre las relaciones particulares de índole internacional, lo hace en acatamiento de la voluntad del legislador conforme a la regla nacional de conexión.

La competencia general para la ley del juez:

Batiffol justifica la aplicación de la ley del juez cuando sea imposible conocer las normas de la ley extranjera aplicable, por el hecho de que la ley nacional tiene competencia general para regir todas las relaciones del Derecho privado. (209)

Las relaciones particulares de carácter internacional se consideran como excepción del cuadro general de la sociedad interna, lo que otorga a la ley nacional una competencia general para gobernar todas las relaciones del Derecho privado, sean puramente internas o matizadas por el carácter internacional. (210)

La jurisprudencia francesa, en algunas sentencias, - apoya este criterio: "no debe desestimarse que el Tribunal de la causa no haya aplicado de oficio la ley extranjera competente y que haya remitido a la ley francesa la ley vá

---

(209) Véase: Batiffol, Traité, ob. cit. pág 391 y 403; También Aspects Philosophique, ob. cit. pág 77.

(210) Véase: Francescakis, Rev. Crit. 1957, pág 536.

lida para regir todas las relaciones del Derecho privado".  
(211)

Esta opinión conduce a decir que la ley nacional tiene una competencia completa: que su aplicación es válida - en todos los litigios que presentan ante el juez nacional, aunque sería mejor aplicar la ley competente de conformidad con las normas de conexión en caso de que la relación en cuestión contemple un elemento extranjero, no obstante, y desde un principio, no hay nada que impida la aplicación de la ley nacional ya que ella es la competente para regir las relaciones del Derecho privado. (212)

No cabe duda la equívoca fundamentación en que se funda esta hipótesis que hace de la aplicación de leyes extranjeras en los conflictos internacionales una mera excepción de la regla general; esa es la competencia de la ley nacional en todos los casos.

---

(211) Véase: Note sous la Cassation français (de lo civil) 12 mayo 1959, en Rev. Crit. 1960, pág 62, se observa que algunas sentencias francesas han restringido este principio declarando que "la ley francesa tiene la competencia general para regir todas las relaciones del Derecho privado, las cuales el legislador francés no ha considerado fuera del ámbito de la voluntad de las partes". Apelación de París de 6 abril 1962 en Clunet, 1963. O sea, quiere decir que la competencia general del derecho francés se restringe por los preceptos no referentes al orden público. Ya -- que hemos referido, antes, que la doctrina francesa moderna ha concluido de esta sentencia que el juez debe aplicar la norma conflictual del Derecho internacional privado de oficio, siempre y cuando ésta se refiera al orden público, es decir, en los casos que tenga este carácter en el Derecho patrio.

(212) Véase: Louis-Lucas, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflicts de lois? en Rev. Crit. 1959, pág 405.

Si es cierto que la ley nacional tiene la competencia general para regir las relaciones del Derecho privado, lo cierto también es que esta competencia se restringe por las relaciones puramente nacionales.

Ya que el juez no empieza a pensar, en cada litigio le exponen las partes, cuál será aplicable al caso concreto, la nacional o extranjera; aplica la ley patria directamente en tanto en cuanto el conflicto expuesto ante él no contenga elementos extranjeros.

Pero si el conflicto en cuestión incluye tal elemento, será deber del juez volver a las normas del Derecho internacional privado consultándolo como si fuese su ley aplicable (la ley del juez) o si debiera aplicar otra.

Dentro de estos límites no hay porque decir que la ley patria tiene la competencia general para gobernar las relaciones del Derecho privado o que la aplicación de la ley extranjera se matiza por el carácter excepcional.

En tanto la relación objeto de litigio sea de índole internacional, es deber del juez, la aplicación de las normas de conexión y consiguientemente la aplicación de la ley que esas normas han fijado su competencia, indistintamente si fuese esa ley nacional o extranjera. (213)

Ya que, y como en un principio, las relaciones internacionales son la aplicación de la ley invocada por las normas de conexión, porque es la ley que mejor cumple la justicia y la más próxima a la naturaleza de la relación objeto del conflicto.

---

(213) Véase: Maury, ob.cit. núm 41 y sigs. Cyrille David, ob. cit. pág 69; Louis-Lucas, ob. cit. pág 411 y sigs.



La filosofía a que el legislador atiente, - tras legislar las normas del Derecho internacional privado, se contradice con el hecho de que la ley del -- juez tiene competencia general en el ámbito de las relaciones internacionales. (214)

¿Cómo, entonces, podemos entregarnos a estas normas, del Derecho internacional privado, si indican la aplicación de la ley nacional y ello implicaría un mandato que - debe acatarlo, mientras que si esas mismas normas invocasen la competencia de una ley extranjera para regir el litigio, diríamos que el juez, en este caso, sería libre del acatamiento de este mandato?

En resumen, si la ley nacional tiene competencia para regir las relaciones del Derecho privado, esta competencia se restringe por las relaciones puramente nacionales. Pero si la relación expuesta ante el juez implicara un elemento extranjero, no será cierto que la ley nacional tiene dicha competencia general, lo que da pie a la impresión - del carácter excepcional de la aplicación de leyes extran-

---

(214) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 69; Motulsky, - L'office du juge et la loi étrangère, en Mélanges Maury, tomo I, París, 1960, pág 359 "la ley invocada por la norma de conexión tendrá la competencia titular para gobernar el conflicto sea esa ley nacional o extranjera.

teras, en estos casos (215); al contrario lo cierto es que -como han acertado algunos - la aplicación de la ley nacional en las relaciones internacionales y contra lo que dictan las normas de conexión, eso es lo que se considera una situación excepcional y se contradice con lo establecido - en virtud de las normas del Derecho internacional privado.

#### La competencia accesoria de la ley del juez:

Ahora bien, y después de que hemos excluido la noción de la competencia general de la ley del juez, nosotros nos inclinamos por el hecho de que la razón de remisión a esa ley son las consideraciones prácticas que han impedido, de hecho, que el juez llegase al contenido del Derecho ex-

---

(215) Algunos han intentado remitirse al principio general de la competencia de la ley nacional a unos fundamentos - históricos; cuando el juez, en la Edad Media buscaba primero si la ley local era la aplicable, y si no lo era la encuentra competente para regir el litigio en algunos supuestos excepcionales, debe en este caso, remitirse al Derecho común "Jus commune". De ahí, estas últimas normas no se aplican por lo general, hasta después de haber asegurado la no aplicabilidad de la ley local que tiene competencia original para regir los conflictos. En todos los casos, la situación se ha cambiado, sobre todo después de haber desaparecido lo que llamaron "Jus commune"; asimismo, después de la evolución en las relaciones internacionales y la aparición de las normas del derecho int. pr., lo que ha obligado al juez -en el ámbito de las relaciones internacionales - a buscar la ley aplicable al conflicto como cuestión previa, y debe pronunciar sobre ella antes de remitirse a la ley nacional, lo que ya no tiene la competencia general en este terreno, como ha tenido la ley local en la época de la mera territorialidad, en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 340; véase también en este sentido Cyrille David, ob. cit. pág 69 y 70.

tranjero invocado por la norma de conexión. (216)

De ahí que nosotros estemos de acuerdo con una parte de las doctrinas francesa y egipcia en el hecho de que la aplicación de la ley extranjera en los anteriores supuestos justifica su competencia "subsidiaria" en los casos en que resultara imposible revelar el contenido de esa ley, - que ella tiene la competencia original del acuerdo con las normas del Derecho internacional privado. (217)

A nuestro modo de entender, la competencia complementaria de la ley del juez, tal y como anteriormente hemos - dicho, no se apoya en las necesidades prácticas solamente, sino que responde también - en algunos casos - a la filosofía a que tiende el legislador tras la aplicación de las - normas nacionales del conflicto.

El legislador al legislar las normas del conflicto atiende a la aplicación de la ley a que aquellas han invocado su competencia por considerarla como la ley que más responde a la naturaleza de la relación internacional - objeto del conflicto y que más pueda realizar la justicia, y en caso de que sea imposible llegar al contenido de esa ley, la remisión a la ley del juez - caso de tener relación con el litigio - no se considera ajena a la filosofía de la legislación.

La ley del juez no se considera completamente extraña a la naturaleza del conflicto; será por lo - menos la ley del juzgado al que han acudido los litigantes para pronunciar sobre el pleito. En caso de que sea - imposible aplicar la ley que más conexión tiene con la na-

---

(216) Véase: Mustafa Kamil Yassine, ob. cit. pág 552 y 553; Husham Ali Sadig, Conflicto de leyes, ob. cit. pág 272.

(217) Véase: Mohammed Kamal Fahmi, ob. cit. pág 353.

turalidad de la relación, como indicaremos después, tal vez sería mejor que el juez pronunciase conforme a su ley, en vez de rechazar la demanda o buscar la ley que sea más próxima, ya que dudamos de la validez de la semejanza de sus normas con la ley declarada competente por las normas de conexión.

El interrogante es: ¿Se considera que la ley del juez es siempre la mejor para regir la relación internacional y la que más concuerda con la filosofía del legislador después de haber sido imposible descubrir el contenido de la ley extranjera de competencia original con conformidad con las normas nacionales de conexión?

No lo creemos así, pues puede ocurrir que no convenga la aplicación de la ley del juez con la naturaleza del conflicto, sino su aplicación puede conducir a unos resultados que se contradigan completamente con las reglas de justicia, lo que en última instancia choca con la filosofía de la legislación.

Debemos, entonces, dibujar los límites en que el juez puede aplicar dentro del marco de los mismos su ley, de manera complementaria, lo que intentaremos explicar en lo siguiente:

Las restricciones que impiden la aplicación de la ley del juez:

Supongamos que estamos ante una relación contractual y extranjera en todos sus elementos y al juez, en Egipto, le ha sido imposible revelar el contenido de las normati--

vas de la ley acordada por los litigantes, por lo que suponemos que la ley será la del lugar de la celebración del contrato; como le ha sido imposible también el conocimiento de la ley del domicilio común de aquellos y resulta difícil aplicar cualquiera de las leyes que ha referido el artículo 19 del Código Civil egipcio para su aplicabilidad. Tal vez, sería lo más próximo a la filosofía de la legislación - ya que la relación en cuestión está muy lejos del ordenamiento jurídico nacional - que el juez aplique la ley del lugar del cumplimiento de ese contrato; pero, si la relación objeto del conflicto no está muy lejos del ordenamiento jurídico nacional, como si la República Árabe de Egipto fuera el lugar del cumplimiento del contrato, no se duda en la legalidad de la aplicabilidad de la ley del juez en el anterior supuesto de acuerdo con la sabiduría de la legislación.

Por lo mismo, si resultara difícil aplicar la ley de la nacionalidad en la materia del Estatuto personal, sería conveniente aplicar la ley del domicilio dando igual que fuera ley extranjera o la ley del juez.

De otra parte, a pesar de que la ley más conectada con el conflicto después de la ley que ha sido imposible su conocimiento, es la más próxima a la filosofía de la legislación, no obstante, debe reconocerse que esta hipótesis no es ajena a la crítica.

No cabe duda que es difícil delimitar la ley más vinculada al conflicto, o demostrar su graduación dentro de esta vinculación.

Si, por ejemplo, estamos ante una herencia de un bien mueble y ha sido imposible el conocimiento de la ley de la nacionalidad del causante a la hora de su muerte, ¿aplicaría el juez, en este caso, la ley del domicilio del difunto o la

ley del Estado donde se hallaban los bienes objeto de la - herencia?

La delimitación de la ley más próxima a la naturaleza de la relación no se considera, de hecho, como asunto fácil en todos los casos.

Por más que se habla de la posibilidad de evitar esta dificultad, estableciendo unas normas de conexión de carácter suplementario, a las que el juez acuda cuando resulte difícil conocer las normativas de la ley que la norma original de conexión invocó su competencia (218), tal dicho no puede ser más que una proposición para oponer a la política legislativa y no expresa la realidad del Derecho positivo en la mayoría de los casos.

Para nosotros, dichas dificultades no impiden la - adopción del criterio que defendemos. Si la elección de la ley más próxima constituye un problema difícil de solucionar, en todos los casos, lo que trae consigo que el juez - elija la siguiente ley en importancia de la ley más próxima a la naturaleza del pleito después de aquella originalmente competente; esta última elección en si misma es - mucho mejor sin duda que la aplicación de la ley del juez si ésta no guarda relación con el asunto en cuestión de -

---

(218) Véase: Podemos tomar como ejemplo lo establecido en el artículo 19 del Código Civil de Egipto, para exponer la obligación de aplicar la ley elegida por los contratantes en los contratos que contienen elemento extranjero. Si estos no eligen una ley determinada, el juez ha de aplicar - la ley de domicilio común de los mismos, y en caso de que no tengan el mismo domicilio ha de aplicar la ley del Estado donde hayan celebrado el contrato. No cabe duda que tal orden de la regla de conexión, anteriormente dicha, hace de la remisión del juez a la ley indicada por la segunda regla, por ejemplo, al ser imposible el conocimiento de las normativas de la ley invocada por la regla primera, la más próxima a la filosofía de la legislación.

ningún modo; ya que esta última solución se contradice con la filosofía de la norma de conexión y la naturaleza de las relaciones internacionales como hemos dicho antes.

Por otro lado, no excluimos la aplicación de la ley del juez de como subsidiario en todos los casos, ya que no hay más remedio que remitirse a esa ley en los casos excepcionales cuando sea imposible el conocimiento de todas las leyes más próximas consecutivamente a la naturaleza de la relación objetiva del conflicto.

No cabe duda que la aplicación de la ley del juez, en este último supuesto, es una mera excepción. Mayormente, el juez llegaría al contenido de una de las leyes más próximas a la naturaleza de la relación y puede ser que la ley del propio juez la encontremos entre ellas. (219)

Nos delimita así el marco en que podemos aplicar la ley nacional por tener la competencia accesorio al ser imposible conocer las normativas de la ley extranjera competente.

No debe aplicarse esa ley primeramente, salvo cuando no hay otra ley más próxima a la naturaleza de la relación internacional objeto del conflicto en cuestión, después de la ley a la que la norma de conexión invocó su competencia, originariamente, y la que ha sido imposible revelar su normativa.

Como algunos han establecido - acertadamente - será un error aplicar la ley del juez en todos los casos en que sea un imposible aplicar la ley competente en la materia -

---

(219) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 123.

del conflicto como si fuéramos sometiendo la relación en cuestión, anormas de una ley que no se haya legislado para ella. (220)

La ventaja de este análisis se ve particularmente en el ámbito de las relaciones internacionales, donde la norma de conexión tiende a aplicar una ley determinada por ser la más próxima a la naturaleza del litigio.

La norma del conflicto establece la solución preceptiva para acabar con el conflicto de manera relativa, será natural, entonces, que hablemos de la remisión a la ley del juez en los límites donde no hay otra ley más próxima que ella a la naturaleza del pleito; en éste, caba realizar la filosofía que el legislador atienda, originariamente, al regular las normas nacionales de conexión. (221)

Por último, si ocurre que ha sido imposible el conocimiento de las leyes más próximas a la naturaleza de la relación objeto de examen, consecutivamente - aunque sea un supuesto raro - en este caso, no hay otro remedio que aplicar la ley del juez, y la ley nacional se considerará también como la ley aplicable más próxima a la naturaleza del pleito, será por lo menos la ley del Tribunal que las partes están litigando ante él.

Pero, ¿la relación entre la ley del juez y el conflicto internacional expuesto ante aquél se considera, en este último supuesto, suficiente para que se determine la competencia de esa ley de regir el conflicto?

---

(220) Véase: Jitta, Le droit dommun int. -coome source dur droit int. privé en Rev. de droit int. privé, 1908, pág - 553, y 1909, pág 498.

(221) Véase: Batiffol, Aspect philosophique, ob.cit. pág - 123.



Nosotros dudamos de este resultado a pesar de que - concuerde de cualquier manera, con la filosofía de la legislación tal y como hemos dicho, además de haber sido imposible revelar las leyes más próximas a la naturaleza de la relación consecutivamente.

Por ello no tenemos más que aceptar la competencia - accesoria de la ley del juez en este excepcional supuesto según las consideraciones prácticas.

Sin embargo, es posible atenuar de los malos resultados que podrían traer consigo esa solución por lo posible.

Como la aplicación de la ley del juez en este supuesto, particularmente, indica por si misma que no es la ley más válida para regir la relación objeto del proceso, la - que su naturaleza (la relación) exige la aplicación de - otra y otras leyes consecutivamente y que ha sido imposi--ble el descubrimiento del contenido de las mismas, debemos entonces poner la naturaleza de la relación internacional, objeto de examen, en primer lugar, y excluir de las normativas de la ley nacional aplicada, todo lo que no concuerde de ninguna manera con la naturaleza de esa relación.

En el ejemplo del contrato internacional, ya mencionado, en que ha sido imposible la revelación de todas las leyes indicadas por el art. 19 del Código Civil de Egipto, como leyes aplicables, hemos dicho que el juez debiera - aplicar la ley del Estado donde se ha cumplido el contrato. Si suponemos que resulta difícil también llegar al contenido de esa ley, significaría la sumisión del contrato a - la ley egipcia subsidiariamente competente de acuerdo con la medida que se debe aplicar todas las normas imperativas que la incluye en esa ley.

Cosa que dudamos ya que algunas de ellas no concuerdan

con la naturaleza del proceso, lo que exige la exclusión - de las mismas en tanto en cuanto no se choquen contra el - orden público en el sentido que lo determina el Derecho in ternacional privado.

La norma jurídica al referirnos al orden público interno no significa necesariamente su adquisición a este ca rácter en las relaciones internacionales en todos los casos.

Tener en cuenta la naturaleza de la relación en este supuesto, exige facultar a los contratantes - el derecho de infringir algunas normas imperativas en la - ley del juez que pierden este carácter al aplicarlas en - las relaciones internacionales, por el hecho de que se ale jan, completamente, del orden jurídico interno. (222)

---

(222) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 129.

271

#### CAPITULO IV

La búsqueda del contenido del  
Derecho Extranjero en los Sistemas  
de España, Italia e Inglaterra

#### CAPITULO IV

##### La búsqueda del contenido del Derecho Extranjero en los Sistemas de España, Italia e Inglaterra

##### Planteamiento general:

Este capítulo IV de la primera parte se presenta como parejo al capítulo III de la misma. Así como en aquél se han expuesto las nociones de concepto y el método a seguir en la elaboración de esta obra en la búsqueda del contenido del Derecho extranjero en los sistemas de Francia y Egipto, en éste se van a subrayar también las características especiales que presenta el Derecho extranjero en el orden procesal en los sistemas de España, Italia e Inglaterra.

En primer lugar, y desde el punto de vista "interno", nos referiremos a las especialidades o características que se aprecian en dichos sistemas materiales y procesales, de cada país, cuando se refieren a la cuestión de aplicación de oficio y prueba del Derecho extranjero.

Este es el contenido del capítulo en sus respectivas secciones.

Además, trataremos de manera concreta la forma en que la institución de la norma jurídica aplicable se convierte en problemas de carácter INTERNACIONAL, cuando en

cualquiera de las legislaciones de los países que tratamos, aparece un elemento extranjero.

Asimismo, entraremos en los puros problemas CONFLICTUALES, es decir, en los problemas de derecho interno, - cuando se han convertido, por la presencia de aquel elemento extranjero, en problemas de Derecho Internacional Privado.

SECCION XIConcepción del Derecho Extranjero  
aplicable en el ordenamiento jurídico españolConsideraciones generales:

La consideración de la ley extranjera como un hecho está presente de una forma u otra en toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema. Salvo en contadas ocasiones, sin embargo, estos fallos están muy lejos de constituir un cuerpo de doctrinas coherentes en el que las líneas de evolución y desarrollo progresivo sean claras.  
(223)

Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de los tribunales españoles en materias de tráfico externo, por su abundancia y complejidad, no ha sido realizado aún en la doctrina española.

---

(223) La falta de coherencia de una directriz unitaria, no se da exclusivamente en la jurisprudencia española; es más bien una característica que se observa en todo estudio analítico de la jurisprudencia. Así, Imre Zajtay, *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère privée française*, París, ed. Pedone, 1958, pág 5 y sig; Cyrille David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, 1965, pág 9 y sig; Con.I Salome, *Le pouvoir de contrôle de la cour de Cassation en matière des conflits des lois*, París, 1938; A. Perez Voituriez, *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español*, U. de La Laguna, 1975, pág 18.

Tampoco vamos a emprenderlo nosotros aquí. Trataremos de exponer los criterios que creemos observar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a la materia de aplicación del Derecho extranjero.

Desde otra perspectiva, conviene también tener en cuenta el marco normativo desde el que se ha postulado la aplicación de la ley extranjera.

El profesor Puente Egido, comenta que "salvo contadas sentencias, que son las más próximas a nosotros en el tiempo, a partir de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, una constante en todos los pronunciamientos de nuestro T.S. en materia de la ley extranjera es la de que el juzgador ha tenido aquí una posición "PRAETER LEGEM". Nuestros Tribunales han carecido de toda base legal que les orientara en esta tarea". (224)

Importa también tener en cuenta el juego de las reglas conflictuales en su conjunto. Así, por ejemplo, en la primera sentencia (225) en que se trató de la aplicación de la ley extranjera en el Derecho español, es necesario retener el dato de que ese pronunciamiento se efectuó aún en el marco del fuero de extranjería, es decir, cuando todavía no había un sistema de normas de conflicto suficientemente articulado que enfrentara la aplicación de normas extranjeras por los jueces ordinarios.

---

(224) Véase: I. Puente Egido, Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo, Ed. Universitaria de Barcelona, 1981, pág 334.

(225) Véase: Ley extranjera: Recurso de Casación por infracción de ley material extranjera; no hay lugar a su estimación. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 Junio 1864, J.C. Vol. 9, pág 488 y sigs, nº 183.

La naturaleza jurídica del Derecho extranjero en la problemática teórica y en la práctica jurisprudencial española:

"La doctrina según la cual la ley extranjera es una ley obligatoria y aplicable a determinada relación jurídica, independientemente de la voluntad de las partes - de cía Streit -, parece fundada en la concepción moderna del Derecho internacional privado que impone al juez el deber de aplicar la ley extranjera competente, reputada igual en principio a la ley indígena. Es la naturaleza misma de las reglas de Derecho internacional privado la que nos conduce a esta conclusión, para nosotros incontestable". (226)

La aplicación de la ley extranjera a que remite la norma de Derecho internacional privado "se impone - dice Arminjon - con la misma fuerza que la de las disposiciones de igual naturaleza de esta legislación. El juez debe, pues, aplicarla incluso de oficio, sin perjuicio de hacerse ayudar, en cuanto sea posible, por la parte interesada. Está obligado a observar las reglas de colisión de su propio Derecho. Tal deber no tendría ningún sentido si no se le impusiera juzgar conforme a la ley donde estas reglas le prescriben buscar su decisión. Debe comportarse con esta ley como lo haría con la del sistema jurídico de que él es órgano. Si rehusara aplicarla, bajo el pretexto de que la ignora o la comprende mal, cometería una denegación de la justicia. Tal es - añade - la opinión sostenida por la gran mayoría de los autores". (227)

---

(226) Véase: Streit, Recueil des Cours, vol. 20, 1927, V, 1927, pág 76.

(227) Véase: Arminjon, Précis de droit international privé, 3eme ed., t.I, París, 1947, pág 280.



Existe un indudable desnivel en la fundamentación - del Derecho internacional privado cuando la doctrina llega a la explicación de la naturaleza jurídica de la ley extranjera. Es cierto que los distintos enfoques doctrinales elaboran explicaciones lógicas más o menos consecuentes - con los criterios de sus respectivos puntos de partida. La dificultad estriba en cubrir la fisura real en el sistema normativo conflictual.

El profesor Antonio Pérez Voituriez, afirma acertadamente que "... por muy universalista o internacionalista - que sea, el Derecho internacional privado de nuestros días tiene un carácter interno, pese a que el objeto contemplado en la norma conflictual tenga elementos extranjeros".

(228)

De aquí que la visión unilateral y exclusivista de - cada legislador estatal, al establecer la norma conflictual, como la teoría, al reflexionar sobre el Derecho positivo y jurisprudencial, impide la debida perspectiva más - allá del mandato directo, implícito en la norma jurídica interna.

Ya que, al no existir una organización jurídica, ni una competencia legislativa superior a la órbita estatal y con posibilidad de realizar por si misma la coordinación - entre los diversos sistemas conflictuales, en orden a la más adecuada regulación del tráfico interno, son los propios poderes legislativos internos y las jurisdicciones de cada Estado quienes han de resolver, por si mismos, esta -

---

(228) Véase: Antonio Pérez Voituriez, Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho Español. Universidad de La Laguna, 1975, pág 11.

función internacional. (229)

De otra parte, la necesidad de favorecer y dar seguridad al tráfico externo, cada vez más intenso, en relación directa con la mayor facilidad de medios de comunicación y la complejidad de relaciones internacionales, hace que la doctrina tome plena conciencia de la problemática conflictual y elabore teorías que favorezcan adecuadas soluciones, en contacto con las posibilidades reales del Derecho positivo y aplicación jurisprudencial.

Si analizamos las múltiples teorías acerca de la naturaleza jurídica de la ley extranjera, podemos observar - que, en su trasfondo, late la finalidad de justificar y favorecer la aplicación del Derecho extranjero conectado por la norma de conflicto propia. En este sentido es en el que cabe admirar el ingente esfuerzo lógico y hasta de imaginación, para destacar distinciones de matiz o sutilezas jurídicas, con la intención de orillar las dificultades prácticas. Incluso en los casos de autores que postulan la transformación del DERECHO EXTRANJERO en un hecho, no obstante, se pretende una más efectiva y adecuada aplicación del Derecho conectado, aunque sea a través de un "juicio de pro-

---

(229 Véase: Dimitrios J. Ervigénis, Tendences doctrinales actuelles en droit international privé, en R. des C. núm - 118, 1966, II, pág 319 y sigs; Maury, Travaux du Comité - français de droit international privé, 1953, pág 97 y sigs.

babilidad" acerca del uso jurídico EXTRANJERO. (230)

El estudio de la naturaleza jurídica de la ley extranjera, como un eslabón más de la norma de conflicto, supone una base lógica común. Cuando Miaja destaca la evidencia de considerar la ley extranjera como derecho enunciando "que ningún jurista se ha detenido a justificarlo, hasta que WERNER GOLDSCHMIDT formuló en 1935 una tesis contraria..." (231), está señalando el fenómeno, momento en que la doctrina reflexiona sobre la función del juez en la aplicación de la norma conflictual y que analiza la jurisprudencia como base de crítica doctrinal, cuando se convierten en cuestión teórica los problemas técnicos de procedimiento de aplicación de la norma de conflicto.

---

(230) Véase: Antonio Pérez Voituriez, ob. cit. pág 12 y sigs; Werner Goldschmidt, La consecuencia jurídica de la norma de derecho internacional privado, Barcelona, 1935, pág 5 y sigs; también en La conception normologique en droit international privé, Rev. Dr. Int. Pr., y sus obras generales: Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, 2ª ed, Buenos Aires, 1952-54, Suma del Derecho internacional privado, 2ª ed. Buenos Aires, 1961; A.P. Voituriez, ob. cit. pág 13; también A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, tomo I, cuarta ed. Madrid, 1966, pág 345 y sexta ed, 1972.

¿El Derecho extranjero es un hecho o un derecho?:

La cuestión que examinamos, aparte de su interés doctrinal, tiene gran trascendencia práctica y forense, ya que la aplicación de oficio y la prueba de la ley extranjera van íntimamente ligadas al problema que envuelve esta pregunta: la ley extranjera que el juez ha de aplicar ¿es un hecho o un derecho?

La respuesta de la doctrina es casi unánime en el sentido de considerar la ley extranjera como un derecho. "El llamamiento que la norma de conflicto hace al Derecho extranjero implica para el juez la misión correlativa de aplicarlo, y para lo particulares, el sometimiento forzoso a sus disposiciones, sin que sean lícitas la pasividad en el juez ni la renuncia en los interesados. Trátase de reglas imperativas para todos y esa es la esencia del Derecho", afirma acertadamente Yanguas. (231)

Podrá variar la concepción que se tenga de la ley extranjera; para unos, será Derecho en cuanto ley extranjera, y sin perder esa calidad. Para otros, lo será en cuanto el legislador del juez la haya incorporado a su propia legislación. Más incluso esta segunda posición, sostenida por autores nacionalistas, según la cual, la ley extranjera es un simple hecho antes de haber sido incorporada y pasa a ser Derecho una vez realizada la incorporación al ordenamiento legislativo del juez.

Tres consecuencias procesales se derivan de considerar la ley extranjera como un hecho y no como un derecho:

---

(231) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 396.

- 1) La necesidad de alegación y prueba aducida por las partes para que el juez pueda aplicar el Derecho extranjero;
- 2) La consiguiente limitación de esta fase del proceso a la primera y, excepcionalmente (232), a la segunda instancia;
- 3) La improcedencia del recurso de casación por infracción de ley. (233)

Planteamiento jurisdiccional:

La asimilación de la ley extranjera al hecho comporta un modo preciso de entender el funcionamiento de la regla de conflicto. El mandato jurídico contenido en esta no llevará al juez a la aplicación de oficio de la regla extranjera reclamada y le permitirá interpretar el silencio o inactividad de las partes como una renuncia tácita a la aplicación de dicha norma. Más, las exigencias prácticas impiden al juzgador llevar a sus consecuencias últimas el rigor de tales principios procesales.

Ya que la norma de colisión alcanza su fase final al designar la norma material aplicable y no darse una circunstancia "negativa" (orden público, etc.) que pueda transformar su normar realización y funcionamiento.

---

(232) La ley de enjuiciamiento española, en su artículo 862, enumera los casos en que, excepcionalmente, se admite el recibimiento a purba en la segunda instancia.

(233) Barcia Trelles señala las dos cuestiones que hay que distinguir en la materia: 1ª Recurso de casación por haber aplicado una ley extranjera, cuando debiera ser tenida en cuenta la nacional, o viceversa; 2ª Recurso cuando declarada aplicable la ley extranjera, ésta no se hubiere interpretado rectamente. Derecho internacional privado, Madrid, 1936, pág 187 (cit. en Yanguas, ob.cit. margen, pág 397).

En efecto, la jurisprudencia española, al respecto, está encuadrada dentro de unas claras coordenadas, de origen y formulación histórica dentro del continente europeo, aunque se diferencia netamente del sistema anglosajón. Sin embargo, el problema de la competencia jurisdiccional adquiere, con sus efectos complejos, un "protagonismo desmesurado". (234)

Podemos distinguir dos etapas: La primera podríamos denominarla de confusión entre el enfoque de la competencia jurisdiccional y el conflicto legislativo, dentro de ciertas claras reminiscencias estatutarias.

La segunda fase cabe definirla por una atracción jurisdiccional.

Aparte de la confusión en el planteamiento en sí, podremos observar una repercusión de este aspecto en el planteamiento de incompetencia de jurisdicción por aplicación de la norma de conflicto, e incluso, como efecto reflejo, en la exigencia de alegación para la debida aplicación de la norma de conflicto.

Es razonable pensar que este planteamiento surge en la etapa primera, en la jurisprudencia anterior al Código Civil.

Son escasas las sentencias del Tribunal Supremo referentes a materias de tráfico externo, pero, conforme señala Miaja de la Muela "... el Tribunal Supremo pudo elaborar un sistema conflictual jurisprudencial aplicable, tanto a las relaciones privadas internacionales como a las in

---

(234) Véase: A. Pérez Voitúriez, ob. cit. pág. 18

terregionales, con la innovación de regir el estado y capa  
cidad de las personas por la ley nacional". (235)

De otro lado cabe destacar que la sentencia de noviem  
bre de 1867 tiene especial interés no sólo porque formula  
la división de los estatutos en personales, reales y forma  
les, sino también debido a que la aplicación del respecti-  
vo estatuto no se limita a la competencia legislativa sino  
que incluye la jurisdicción del Tribunal correspondiente.  
Así señala, por su parte, la competencia del estatuto for-  
mal en cuanto a las solemnidades extrínsecas, pero no en -  
el sentido de que el Tribunal español aplique la ley del -  
lugar de otorgamiento del testamento sino respetando la ju  
risdicción del Tribunal de Ginebra, la del domicilio del -  
testador:

"... y que, por tanto, los Tribunales de éste son -  
competentes para todas las actuaciones de apertura del tes  
tamento y para dictar las oportunas providencias, respecto  
a su registro y a la conservación y seguridad de los bie--  
nes".

---

(235) Véase: A. Miaja de la Muela, Derecho internacional  
privado, tomo I, sexta ed., Madrid, 1972, pág. 474.

Los problemas procesales derivados de la aplicación del Derecho material extranjero en el proceso español:

En el Derecho procesal español no hay ninguna referencia al tratamiento específico de la ley extranjera y menos aún de la norma de conflicto, que es una regla más del Ordenamiento jurídico español.

El profesor Gutiérrez de Cabiedes, comenta en ese sentido que "La aplicación por el juez del Derecho extranjero no era objeto de ninguna especial norma procesal, ya se contuviese ésta en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya en el recientemente derogado Título Preliminar del Código Civil de vigencia casi centenaria" (236)

Pues en dicho título preliminar el sistema de Derecho internacional privado español se contemplaba, como es sabido, en los arts. 8 a 11, que eran cuatro preceptos de puro Derecho conflictual, pero que no hacían referencia a los poderes y deberes del juez en este tema, ni a los derechos, obligaciones y cargas de las partes, ni a otros problemas atinentes a la aplicación del Derecho extranjero en el proceso.

El Derecho procesal basado en los principios clásicos, "jura novit curia, da mihi factum dabo tibi jus, actor non probante, reus absolvitur, etc", entendidos como postulados, elabora la reglamentación del procedimiento, estableciendo requisitos formales para encauzarlo, fundamentalmente diversos, según se trate de cuestiones de hecho o de derecho.

---

(236) Véase: Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, Anuario de Derecho internacional II, 1975, pág 43.



Fueron las doctrinas u la jurisprudencia quienes en la investigación y en la resolución de litigios concretos, respectivamente, se plantearon este problema.

De todo lo anterior se infiere que el procedimiento de aplicación de la ley extranjera depende de la consideración conceptual en que se clasifique la naturaleza de la - norma de conflicto y de la ley extranjera conectada.

Pero, a su vez, este criterio de valor habrá que inducirlo de la orientación jurisprudencial que los tribunales españoles han seguido en el procedimiento concreto de aplicación de la ley extranjera.

De aquí que, más que exponer sistemáticamente los requisitos procesales en detalle, seguidos por la jurisprudencia española en la aplicación de la ley extranjera, - cuestión que entraría mejor en un estudio procesalista, nos interesa más la observación de los diversos comportamientos de la jurisprudencia española en la combinación de los requisitos procesales aplicados.

Entre estos condicionamientos procesales en la aplicación de la ley extranjera, merece destacar los siguientes:

La actividad del órgano encargado de la aplicación del  
Derecho extranjero:

Desde la etapa preliminar a la promulgación del Código Civil se delinea la consideración procesal de la aplicación de la ley extranjera conforme a los requisitos exigidos en el proceso en las cuestiones de hecho.

En efecto, la jurisprudencia española de forma reiterada, ha estimado que la incorporación al proceso del Derecho extranjero reclamado por una norma de conflicto es una "QUAESTIO FACTI" y, como tal, sometida al régimen procesal de los hechos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de enero de 1885 considera como "cuestión de hecho" la "existencia de tales o cuales leyes extranjeras"; y la de 1 de febrero de 1934, "la vigencia" de las mismas. Lo que conduce a la conclusión de que "ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho para que pueda ser aplicada", según afirma entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1969. (237)

En relación con los órganos judiciales, la consideración de que la existencia, vigencia y contenido del Derecho extranjero constituye una "cuestión de hecho" en el proceso excluye, consiguientemente, la actividad judicial tendente a su aplicación "ex officio iudicis", como ocurre respecto de las normas del ordenamiento español.

Sin embargo, como puso de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1940 aún admitiendo que deberá acreditarse en autos el tenor del Derecho ex-

---

(237) Véase: J. González Campos, ob. cit. pág 15.

tranjero por los medios de prueba admitidos en la ley española, es concebible que el juez adopte dos actitudes distintas en esta materia:

1ª La tradicional en el sistema jurídico español ha sido meramente pasiva, pues partiendo del presupuesto de que incumbe a las partes la alegación y pruebas del Derecho extranjero, son aquellas quienes deberán aportar los medios de prueba apropiados para conocer su contenido y vigencia. Dicho en otras palabras, que la determinación del contenido del Derecho extranjero es una "cuestión de hecho" como cualquier otra, lo que ha conducido a que en esta materia opere la doctrina general de los "hechos admitidos" y, por tanto, cuando las partes estén de acuerdo en el tenor de la normativa extranjera, no será necesaria la prueba de su contenido y vigencia, según las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1895 y 9 de enero de 1936. (238)

2ª Una mayor intervención del juez es posible, en cambio a partir del art. 12.6º, párrafo 2º del Código Civil, adoptado en 1974, el carácter de derecho cogente de las normas de conflicto del derecho español y, en consecuencia, la necesaria aplicación "EX OFICIO" de las mismas por los Tribunales españoles (art. 12. nº 6, inciso primero); disposición que hay que relacionar con la del segundo párrafo del mismo artículo y número, en la cual se prescribe textualmente: "La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de -

---

(238) Véase: J. González Campos, ob. cit. pág 15; Gutiérrez de Cabiedes, ob. cit. pág 47 y sig.

cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".

En este último texto legal se contiene precisamente la nueva norma que regula la aplicación por parte de los - Tribunales españoles del Derecho extranjero.

Puede estimarse, por tanto, que aunque la actividad probatoria de las partes sea la condición necesaria para - la aplicación del Derecho extranjero, el órgano judicial - puede considerar insuficiente la prueba practicada y "va-- lerse además" de otros medios por propia iniciativa. Y a - esta actitud del juez se corresponde, paralelamente, una - restricción de la doctrina de los "hechos admitidos" en es - ta materia, pues como ha señalado la sentencia del Tribu-- nal Supremo de 5 de noviembre de 1971, no basta el simple acuerdo de las partes sobre el tenor del Derecho extranje- ro, si éste no ha sido suficientemente acreditado en autos. (239)

La consideración procesal de hecho y, por tanto, necesidad de prueba del Derecho extranjero:

Cabe observar cierta confusión entre norma de con- - flicto y derecho conectado. En la Sentencia de 21 de junio de 1864, se refleja bien este enfoque, confundiendo, al - propio tiempo, la infracción de norma de conflicto con la infracción de ley extranjera (Derecho conectado).

---

(239) Véase: J. González Campos, ob. cit. pág 16; Gutié- - rrez Cabiedes, ob. cit. pág 48.

En la base 7ª del recurso, por infracción de ley, se especifica entre los criterios de jurisprudencia infringidos:

"El no haber hecho aplicación práctica en este litigio de la máxima reconocida por el Derecho internacional - privado, de que los bienes raíces se rigen por la legislación del país donde se hallen sitios". (240)

En consecuencia se pide la aplicación de la legislación portuguesa sobre precripción de heredades litigiosas sitas en territorio portugués. Pero la ley extranjera, nos dice el Tribunal Supremo, si bien puede ser alegada como - medio de prueba ante los tribunales españoles no puede ser objeto de recurso de infracción de ley.

"Considerando... que tampoco pueden admitirse como fundamento de casación la nulidad del vínculo..., ni la - prescripción de las fincas litigiosas, que se pretenden de ducir de las disposiciones legales portuguesas que se citan, porque sobre no ser objeto ni motivo directo de este recurso la infracción de leyes extranjeras, que en nada - afecta a la integridad de nuestro derecho ni a la uniformi- dad de nuestra jurisprudencia, por más que dichas leyes - puedan ser alegadas como medio de prueba ante los Tribuna- les..." (241)

El profesor Pérez Voituriez comenta que "Nuestra doc- trina se ha fijado especialmente en la sentencia de 19 de noviembre de 1904, que presenta la misma orientación, ex- presada de manera más concisa. Trátase de una sucesión -

---

(240) Col. Leg. 1er semestre. 1864, pág 654.

(241) Id. Pág 657.

abintestato y se centra el problema respecto al valor de las actas de notoriedad que habrán de realizarse conforme a la interpretación de la legislación francesa. En la sentencia recurrida el Tribunal español daba por buena, según la legislación francesa, que tales documentos son suficientes. Y se pregunta: ¿Cabe, contra ello, alegar supuestas infracciones de la ley extranjera competente? La contestación, dice Pérez Voituriez, comprende una frase que se repetirá, año tras año, hasta nuestros días: (242)

"... por no hallarse atribuida a este Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, que es forzoso aceptar como cuestiones, de hecho, cuando fuere necesario por la aplicación del Derecho patrio..."

Este es, por demás, uno de los casos en que la aplicación del Derecho del fuero está condicionada a determinar conexión del Derecho extranjero, como se desprende del último párrafo transcrito. Esta misma motivación es la que se expresa en el tercer considerando:

"... atendida la cualidad de extranjeros de los demandantes ha sido forzoso atender a su ley nacional para el efecto de estimar el derecho y acción con que demandan"

En todos estos casos se ha seguido el camino más frecuente por no decir el sistema norma: El Tribunal "a quo" había aplicado Derecho interno español y el Tribunal Supremo

---

(242) Véase: A. Pérez Voituriez, ob. cit. pág 30.

(243) Véase: "Rev. Leg. y Jud. núm 99, págs 401 y 402, cit. en Pérez Voituriez, ob. cit. pág 31.

mo va a confirmar su misma solución, y la razón que lo justifique siempre será la misma: necesidad de alegación en su momento y, sobre todo, la insuficiente prueba de la ley extranjera.

Un planteamiento diferente se va a dar en la sentencia de 3 de diciembre de 1926, puesto que aquí el Tribunal "a quo" falla con arreglo a los criterios de la ley extranjera, si bien sin hacer mención expresa de las disposiciones legales.

En el tercer motivo del recurso se alega la doctrina de las sentencias 7 de noviembre 1896, 13 de enero de 1885, 25 de mayo de 1887 y 12 de julio de 1904, según las cuales para que una ley extranjera sea aplicable en España es preciso que, en el caso concreto de que se trate, se haya practicado prueba y pueda ser estimado como un hecho.

Jurisprudencia española en cuanto a la naturaleza de la ley extranjera:

Una larga serie de sentencias del Tribunal Supremo ha establecido la jurisprudencia de que las leyes extranjeras son hechos y deben ser probados como tales por la parte que las invoque.

Una sentencia de especial interés es la de 1 de febrero de 1934. En ella toma cuerpo otra de las características peculiares de la jurisprudencia española y que es una consecuencia de la consideración del Derecho extranjero como un hecho:

"Considerando - que declarando como ha sido repetidamente por este Supremo Tribunal, ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes ... necesario será tener en cuenta que sólo los hechos contradictorios pueden ser objeto de las pruebas, - hallándose excusados de este importantísimo trámite aquellos que no han sido aceptados por las partes o que no han sido combatidos ni objeto de controversia" (244)

La doctrina del Tribunal Supremo llega incluso a declarar la prohibición de aplicar la ley extranjera "ex officio judicis".

"... porque de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que, implicando verdaderas excepciones, no hayan sido alegadas por los litigantes".  
(245)

---

(244) Véase: Sentencia 1 de febrero de 1934, Aranzadi, t. III, Ref. 227, pág 118.

(245) Véase: Sentencia de 9 de enero de 1936, Aranzadi, t. V, núm 49, pág 27.



Régimen de alegación y prueba del  
Derecho extranjero en el proceso civil español

A. La alegación del Derecho extranjero:

El Derecho extranjero, en los casos en que sea de aplicación, puede fundamentar la acción del demandante, la excepción del demandado o ambos a la vez.

El profesor Gutiérrez de Cabiedes dice que "no es posible hablar de una verdadera obligación, jurídicamente exigible, de alegar y probar el Derecho extranjero. Si no existe obligación en sentido técnico de alegar y probar los hechos del proceso, menos aún existirá dicha obligación respecto al Derecho extranjero". (246)

La necesidad de alegar el Derecho extranjero ha sido reiterada por la jurisprudencia española, pues como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1936, "de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que ... no hayan sido alegados por los litigantes", según deriva del art. 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que el juez deberá resolver en los considerandos de la sentencia "los puntos de derecho fijados por las partes". Y esta exigencia se contiene en el texto básico en la materia, el art. 12.6º del Código Civil, que alude a "la persona que invoque el Derecho extranjero".

---

(246) Véase: Gutiérrez de Cabiedes, ob. cit. pág 58.

¿Existe un derecho específico de las partes de alegar el derecho extranjero?

Las partes tienen siempre la facultad de alegar aquellas normas jurídicas que estimen aplicables a su favor. - El art. 524 de la L.E.C. es, en este aspecto, suficientemente expresivo al explicar el contenido de la demanda e incluir dentro de éste "los fundamentos de Derecho".

Por lo que se refiere al contenido de la alegación, no debe olvidarse que la invocación de un derecho material extranjero (o de su derecho conflictual, en el caso del art. 12.2º C.c.) debe fundamentarse en el mandato de aplicación contenido en una norma de conflicto española, si bien Guasp considera, en última instancia, que el Derecho extranjero, por no ser Derecho interno, "queda fuera de la exención de prueba": cuando una parte alega una norma extranjera, debe probar su existencia, corriendo sino el riesgo de que su invocación sea desestimada. (247) El no significa, sin embargo, que el juez quede reducido a una situación de total pasividad y, en este sentido, el profesor Guasp insiste que excepcionalmente es el juez el "SUJETO ACTIVO" de la prueba (diligencias de mejor proveer), y que el destinatario de la prueba es siempre el juez (judicifit probatio), ya que en el Derecho moderno la prueba no se hace para satisfacer al adversario, sino para convencer al juez. (248)

---

(247) Véase: J. Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t.I, 2ª ed., Madrid, 1948, págs 876 y sigs.

(248) Véase: J. Guasp, Derecho procesal civil, Madrid, 1956, pág 352.

Una posición similar aparece en la obra de Gómez Orbaneja - Herce Quemada: para el profesor Gómez Orbaneja - "sería erróneo equiparar, a efectos de prueba, las "máximas de experiencia" y las normas jurídicas con los hechos. La norma consuetudinaria o extranjera es sólo materia de prueba en la medida en que sea desconocida al juez. Nada sería tan ilógico como aplicar estrictamente respecto de ella los principios de aportación de parte y dispositivos que rigen la prueba de los hechos.

¿Es que el juez va a partir en su sentencia, digamos, de una pretendida disposición del Código Civil francés, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que alega? ... Por tanto, respecto de la prueba de la norma, debe regir el principio de la investigación de oficio, el cual no es incompatible con la actividad probatoria de las partes, sino que condiciona su resultado, como el proceso penal nos demuestra". (249)

La ley extranjera no puede quedar reducida, a efectos de prueba, a una equiparación total con los hechos; a este respecto, la comparación con la norma consuetudinaria se revela útil y fructífera (250); así, el profesor Prieto Castro señala que "ocurre con la costumbre algo parecido a lo que sucede con el Derecho extranjero. El Derecho consue

---

(249) Véase: Gómez Orbaneja - Herce Quemada, Derecho Procesal, vol. I, Procesal civil, Madrid, 1951, 3ª ed. pág 282.

(250) Véase: Juan Antonio Carrillo Salcedo, ¿Alegación del Derecho extranjero por las partes, o aplicación de oficio, por el juez español, de la norma de conflicto españolas?, REDI, vol. XIV, núm 3, Madrid, 1961, pág 590.

tudinario no lo conocen los Tribunales por medio de su publicación oficial por el Gobierno, sino que han de investigar y precisar su existencia para que este hecho cualificado conteste al Tribunal Supremo. La jurisprudencia de éste carga por completo a las partes la prueba de la costumbre; más es indudable que, por tratarse de una norma jurídica - de aplicación inexcusable para el juez en defecto de ley - escrita, puede y debe por su parte realizar las investigaciones a su alcance aún dentro de nuestro sistema de justicia rogada". (251)

El momento procesal oportuno para la alegación del Derecho extranjero:

No basta la referencia genérica al ordenamiento extranjero designado por la norma de conflicto: es preciso - que se aleguen, en concreto, aquellas normas de ese sistema jurídico aplicables, "ratione materiae", a las pretensiones planteadas por las partes. Así, como han afirmado - distintas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 12 de julio de 1904 y 3 de febrero de 1975, "no es suficiente la cita aislada de artículos de códigos extranjeros" para determinar la respuesta jurídica contenida en ese ordenamiento; asimismo "al aplicar la ley extranjera, el juez patrio está obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate", según se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1971.

---

(251) Véase: Prieto Castro, Derecho procesal civil (Manual) Madrid, 1956, t. II, pág 381; del mismo, Los hechos en la Casación, R.G.L.J., 1944 (separata).

Pues bien, respecto del momento procesal de la prueba, esta cuestión se halla regida por lo dispuesto en los arts. 550 y siguientes de la L.E.C., el profesor González Campos señala que "excepcionalmente, la prueba del Derecho extranjero puede practicarse no sólo en instancia, sino en apelación, en los supuestos de los apartados 1º y 2º del art. 862 de la L.E.C.". (252)

Y en cuanto a los plazos para la práctica de la prueba, la del Derecho extranjero puede justificar la concesión de un "término extraordinario", conforme al art. 557 de la L.E.C.

El profesor Gutiérrez de Cabiedes comenta que "podrá discutirse si una demanda sin fundamentos de derecho es tan defectuosa que se convierte en inadmisibile, lo que no estimamos, si dan los demás elementos integradores de la acción y en virtud, precisamente, del principio "jura novit curia"; pero lo que nadie puede discutir es el derecho del actor, o del demandado en su contestación (art. 540 de la L.E.C.) a alegar las normas que les parezca pertinentes. (253)

---

(252) Véase: González Campos, ob. cit. pág 20.

(253) Véase: Gutiérrez de Cabiedes, ob. cit. pág 59, véase también, González Campos, ob. cit. pág 18.

B. La prueba del Derecho extranjero:

¿Existe una carga formal y material de prueba del Derecho extranjero?

Desde luego que sí, ya que la tesis de la jurisprudencia española en repetidas sentencias ha declarado la necesidad de la prueba del Derecho extranjero, e incluso más: la prueba de la exacta entidad de dichas normas, de su vigencia actual, de su sentido y del alcance e interpretación asignado a ellas por los Tribunales de su país.

En primer término, por lo que se refiere al objeto de la prueba del Derecho extranjero, la sentencia del T.S. de 19 de diciembre de 1935 exige que se acredite en juicio "La existencia de la legislación que se solicita; segundo, la vigencia de la misma y, tercero, su aplicación al caso litigioso". Es decir, en los términos del art. 12.6º del C.c. que quién invoque el Derecho extranjero acredite su "contenido" o tenor literal, así como la "vigencia" del precepto en su sistema extranjero. Y, por último, su aplicación al caso, según la interpretación dada en el ordenamiento extranjero, pues como afirman las sentencias del T. S. de 30 de junio de 1962 y 3 de febrero de 1975 "es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas de vigencia actual, sino también el sentido, alcance e interpretación asignados por los tribunales del respectivo país" para respetar la integridad del Derecho extranjero.

La carga de la prueba del Derecho extranjero y el momento procesal para practicarlas:

El problema procesal que se plantea con la norma del artículo 12.6 del Código civil español, es de si se regula o no una verdadera carga de la prueba del Derecho extranjero.

La carga de la prueba del Derecho extranjero incumbe, según los términos del art. 12.6º del C.C., a la parte que lo invoque como fundamento jurídico de su pretensión en el proceso; y ello sin perjuicio de la intervención judicial en esta materia, conforme al inciso final de ese precepto. Asimismo, que como antes se ha indicado, opera aquí una restricción, aunque limitada, de la doctrina de los "hechos admitidos" de contrario, pues el simple acuerdo de las partes en el tenor del Derecho extranjero no exime de practicar su prueba, según los términos de la sentencia del T.S. de 5 de noviembre de 1971, conclusión que se extiende al supuesto del art. 552 de la L.E.C.

Ahora bien, desde el punto de vista teórico, cómo la norma extranjera no debe ser considerada como hecho a los efectos de prueba, aunque con ella el principio "jura novit curia" sufra de manera evidente una adaptación que no impone al juez el conocimiento del mismo, y sí el deber de procurarse ese conocimiento.

---

(254) Véase: González Campos, ob. cit. pág 19; Yanguas, - ob. cit. pág 394 y sig.

Aquí, cabe indicar la tesis del profesor Valentín Cortés "nuestra ley parece que establece una facultad del juez que le permite completar la labor probatoria de las partes. Frente a eso, tampoco se puede afirmar que el legislador ha querido establecer una carga de prueba (lo hubiera dicho de manera expresa) utilizando, sin embargo, el suavizante de "deberá acreditar". (255)

Y añade: "... nuestra ley no crea, pues, para el juez un deber de investigar el Derecho extranjero, como tampoco crea para las partes un deber de asistencia, o una carta atenuada de acreditar el Derecho extranjero; por el contrario, lo que se regula es una carga de acreditar el Derecho extranjero, y una facultad para el juez de realizar actos lícitos para procurarse el conocimiento del Derecho extranjero". (256)

Hasta aquí, como ha podido apreciarse, el régimen de la prueba se ha establecido en relación con la actividad de las partes en el proceso. Pero el art. 12.6º, párrafo 2º, en su inciso final, permite que el juzgador pueda utilizar para la "aplicación" del Derecho extranjero "cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas", extremo éste del precepto que ha sido considerado por la doctrina como un evidente progreso en la materia. (257)

---

(255) Véase: Valentín Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*, Editorial Revisita de Derecho Privado, Madrid, 1981, pág 67.

(256) Véase: Valentín Cortés, ob. cit. pág 68.

(257) Véase: González Campos, ob. cit., pág 20; véase también J.A. Carrillo, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, en nuevo título preliminar del código y la ley de 2 de mayo de 1975, volumen I, pág 676 y sigs.



La conclusión es, pues, muy clara: no cabe que el juez aporte su conocimiento del Derecho extranjero de manera directa; no cabe que el juez aplique sin más un Derecho extranjero que conoce por su cultura científica; tiene que adoptar las providencias oportunas que posibilite el conocimiento del Derecho extranjero de "manera oficial" y no de manera privada.

Según el profesor Valentín Cortés (258), la única vez que el Tribunal Supremo ha entrado en el estudio del artículo 12.6, ha sido en la sentencia de 12 de noviembre de 1976; en ella se nos dice:

"... que el tribunal sentenciador hizo aplicación de la facultad que le confiere el párrafo final del artículo 12 invocado, cuando acordó, para mejor proveer, que se complementase la certificación de ley acompañada a la demanda, con el dictamen de dos jurisconsultos sobre la vigencia y alcance de la legislación extranjera cuya aplicación se postulaba por el actor; y debe tenerse en cuenta también - que si la prueba del Derecho extranjero incumbe a la persona que lo invoca en su amparo, este párrafo final del mencionado artículo 12 faculta expresamente al juez para que, además, pueda valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos, invocación ésta que es reflejo - en nuestro ordenamiento civil de la moderna orientación legislativa que propone atribuir al juez el poder de realizar de oficio actos de instrucción en aras de la tesis que no admite dentro del proceso la errónea cualidad entre verdad material y verdad formal - o no verdad".

---

(258) Véase: Valentín Cortés, ob. cit. pág 71.

La sentencia es muy importante porque es la respuesta a un recurso de casación planteado por el demandado en instancia, en el que se mantiene la tesis de que no habiendo probado el actor la vigencia y contenido del Derecho extranjero por medio de los instrumentos establecidos por la jurisprudencia (certificado de ley, que sí aportó; dictámenes de letrados, que no aportó), no es posible que el juez pueda suplir de manera total la prueba no realizada, pidiendo de oficio por medio de diligencias para mejor proveer los dictámenes de los jurisconsultos extranjeros.

Para el profesor Valentín Cortés, la importancia de dicha sentencia radica en lo siguiente:

a) Se habla de carga de la prueba del Derecho extranjero, pero en el conjunto del considerando se ve claramente que el Tribunal Supremo entiende esa carga más suave de lo que el término puede parecer; hay una carga de acreditar el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, así lo afirma Valentín Cortés, que cree, que es posible deducir que lo que existe es la carga de poner de manifiesto el contenido y la vigencia del Derecho extranjero; de aportar al proceso un Derecho extranjero cuyo contenido se afirma vigente, y que dará el juez la posibilidad de trabajar sobre él. Conjuntamente con esa carga, el tribunal o el juez tienen la facultad de "averiguar": es decir, no se trata de que el tribunal o el juez deben o pueden aportar al proceso datos sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero, sino que pueden "averiguarlo", más concretamente, pueden "comprobar" la exactitud de la "participación de verdad" que sobre el Derecho extranjero ha hecho la parte.

Todo ello quiere decir que el juez no tiene por qué aceptar la vigencia y el contenido que la parte "prueba" o acredita con los instrumentos que la propia doctrina consi

dera apropiados: puede investigar si esa "verdad formal" - coincide con la "verdad material"; por eso puede de oficio los dictámenes de los jurisconsultos extranjeros. (259)

b) En segundo lugar, la sentencia es importante, en opinión de Valentín Cortés, porque se entronca con la jurisprudencia anterior a la reforma, teniendo en cuenta la legislación nueva; en concreto, el hecho de no presentar - los dictámenes coincidentes de los letrados extranjeros, - no implica no cumplir con la carga de probar el Derecho extranjero; por el contrario, el principio de prueba que - ofrece la certificación de ley será suficiente, aunque el juez pueda hacer de oficio cuanto quiera para procurarse - el convencimiento de la verdad de tal certificación. (260)

c) Por último, la importancia de la sentencia de 12 de noviembre de 1976 radica en que el medio de tendrá el - juez para procurarse la comprobación de la verdad que sobre el Derecho extranjero aporta la parte, es "la medida - para mejor proveer". (261)

En definitiva, esta tendencia de la sentencia que - contamos, confirma que el juez español no tiene el deber - de averiguar el derecho extranjero; tiene sólo la facultad de comprobar que la manifestación de verdad que se hace - por una parte sobre el Derecho extranjero corresponde a la

---

(259) En este orden de cosas cabe señalar la jurisprudencia del Tribunal; recordemos que en la importante sentencia de 5 de noviembre de 1971, el Tribunal rechaza la posibilidad de que la prueba de derecho extranjero sea innecesaria cuando hay coincidencia de las partes en el contenido y vigencia de tal derecho extranjero.

(260) Véase: Valentín Cortés, ob. cit. pág 72 y sig.

(261) Véase: Valentín Cortés. ob. cit. pág 73.

realidad. Asimismo, confirma la tesis que las partes no -  
tienen la carga de acreditar o de probar el Derecho extran-  
jero; tienen, sí, la carga de ofrecer al juez el elemento  
jurídico que le servirá de material de trabajo; en defini-  
tiva, la carga de aportar documentos que hagan verosimil -  
la afirmación de verdad sobre el Derecho extranjero.

Por último, esta sentencia confirma la tesis del pro-  
fesos Valentín Cortés, de que conforme a la nueva legisla-  
ción el juez no puede aplicar el Derecho extranjero cuando  
lo conozca, ya que el único camino que tiene de conocer el  
Derecho extranjero y de aplicarlo proviene de la "activi-  
dad probatoria de las partes o de los actos de instrucción  
probatoria (en la terminología de la sentencia que conta-  
mos) que efectivamente puede realizar de oficio, pero que  
tiene que realizar si quiere aplicar el Derecho extranjero  
ampliando el conocimiento proveniente de las partes".(262)

---

(262) Véase: Valentín Cortés, ob. cit. pág 73.

La aplicación de la ley extranjera  
en la jurisprudencia española

Presupuestos procesales:

Siguiendo el tratamiento clásico en la jurisprudencia española y pasada la carrera de obstáculos de alegar la aplicación de la ley extranjera, a que hace remisión la norma española de conflicto y de la prueba de la existencia, vigencia, adecuación al supuesto en litigio, no contradicción con el orden público interno, etc., tenemos ante nosotros la ley extranjera.

Ahora bien ¿qué entiende la jurisprudencia española que sea la ley extranjera?

En caso de imposibilidad de establecer el contenido del Derecho extranjero reclamado por la regla de conflicto, ¿cuál será la actitud judicial, en base a qué criterios legales dictará sentencia?; y por último ¿cómo puede el Tribunal del foro comprender la naturaleza jurídica específica de la ley extranjera que ha de reglamentar el supuesto de la norma de conflicto si sólo puede utilizar los conceptos de su propio ordenamiento jurídico?

Desarrollo:

Para partir de dos puntos extremos de referencia doctrinal y sin entrar en matizaciones que no vienen al caso, podemos fijarnos en la postura que considera la ley extranjera como derecho apropiado por el ordenamiento del fuero y la que postula que es derecho, pero derecho extranjero.

De la misma forma que en nuestro estudio analítico - anterior se da también aquí una correspondencia entre los temas de posturas teóricas deducidas de principios dogmáticos de lógica jurídica y su correspondencia con los criterios prácticos de aplicación técnica y a la inversa.

Siguiendo el método inductivo, creemos que podremos llegar al conocimiento de los criterios de orientación de la jurisprudencia española, especialmente a través del análisis de los requisitos y condicionamiento de la prueba de la ley extranjera, donde, además, podremos encontrar también fundamentaciones jurídicas directas.

Veamos en la primera nota característica de la jurisprudencia española, dos sentencias sobre cuestión análoga con conclusión opuesta:

a) En la sentencia de 9 de julio de 1895, se alega, en recurso de casación por infracción de ley:

"Que la Sala sentenciadora (Audiencia) no ha podido - aplicar las leyes que asegura estar vigentes en Italia, - sin que se haya podido probar este hecho en la forma acostumbrada... doctrina basada en que las leyes de los referidos pueblos no tienen promulgación fuera del territorio a que alcance la soberanía del poder que las dicta..." (263)

Pero a esta necesidad de prueba de la ley extranjera, el 4º considerando de la sentencia alude en un doble sentido: por una parte, no es necesaria, pues recae acuerdo de las partes como hecho y, por otra, es una cuestión nueva - que no se puede alegar procesalmente:

---

(263) Véase: Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1887, Rev. Leg. y Jcia., núm 78, pág 361.

"Porque aceptado por las partes, al no contradecirlo, el hecho de estar vigentes en Italia los artículos del C.c. italiano citados por la demandante en apoyo de sus pretensiones, no es lícito en casación suscitar una cuestión nueva que no ha sido objeto de debate en primera ni en segunda instancia". (264)

Indudablemente aquí se señala, de manera palpable, - la consideración de hecho, supeditada, no sólo al acuerdo expreso de las partes, sino a la falta de prueba en contrario, que impide procesalmente al tribunal de casación el - debido control de nuevos hechos.

Ahora bien, en el 6º considerando, que contempla la alegación de notoria contradicción del tribunal recurrido, por aplicación conjunta de disposiciones de la ley italiana y española, después de especificar las materias y con-ceptos en que se aplica, dice:

"... es necesario resolver cuál de las dos sería - aplicable, porque tampoco esta cuestión se ha sometido a - la resolución de esta sala".

Ya no se refiere a la aplicación de la ley extranjera, sino de la norma de conflicto propia, asimilando procesalmente ambas cuestiones diferentes.

La única explicación posible, dice el profesor Pérez Viuturies, es que "la fuerza de la incerticia del plantea- - miento procesal práctico absorbe al tribunal de toda mediación doctrinal, acerca de la naturaleza jurídica de las

---

(264) Véase: Id., pág 567.

normas conflictuales". (265)

b) Pongamos ahora en relación esta sentencia con los argumentos esgrimidos en la de 12 de julio de 1904, sobre alimentos provisionales entre belgas residentes en España, en la que se alega la aplicación armónica de disposiciones del Código civil español y belga (se aduce también las sentencias de 13 de enero de 1885 y de 12 de mayo de 1887)

En el primer resultando del recurso se expresa:

"Que la sentencia recurrida infringe el artículo 9 - del C.c.... doctrina de Derecho internacional privado que rige en todas las legislaciones de países civilizados y - que ha sido recogida en nuestro Derecho con anterioridad a la publicación del C.c." (266)

En el segundo resultando se especifica:

"Que como consecuencia de la anterior infracción la sentencia recurrida comete, por inaplicación la de los artículos 205 y 207 del C.c. belga ... alegados en la demanda y que no fueron puestos en duda por el demandado en - cuanto a su vigencia y contenido".

La sentencia en su primer Considerando, expresa:

"... y porque aún admitiendo como regla de Derecho - internacional privado la doctrina en dichos motivos sustentada por el recurrente, hubiera sido preciso que en este - juicio se hubiese justificado debidamente lo que la juris-

---

(265) Véase: A. Pérez Voituriez, ob. cit. pág 44.

(266) Rev. Leg. y Jcia., núm 98, pág 866 y sigs.



prudencia belga tenga establecido para casos como el actual pleito, siendo insuficiente para obtener su aplicación la cita aislada de artículos del Código vigente en aquella nación, cuya interpretación no incumbe a los Tribunales españoles, como si se tratara de la propia legislación de és--tos".

Independientemente de la interpretación restrictiva del artículo 9º del C.c., por la que esta sentencia ha quedado como "reliquia" histórica, es interesante observar - los criterios aparentemente opuestos a la anteriormente - analizada.

En este orden de cosas merece destacar el comentario del profesor Pérez Voituriez al decir que "mientras en una basta la no contradicción en las instancias inferiores para que el tribunal haya podido aplicar artículos del C.c. italiano, a pesar de que en el recurso se alega su no vi--gencia, en ésta no son aplicables los artículos del C.c. - belga, pese a que se haya alegado y probado la aplicación de la norma de conflicto española y alegado, probado y no contradicho la vigencia de las disposiciones de la ley ex--tranjera". (267)

De otro lado, la interpretación lógica de esta sen--tencia, como afirma acertadamente Pérez Voituriez, es la - siguiente: "La ley extranjera es considerada un hecho y - por consiguiente, la valoración de la prueba no está suje--ta al control de casación. Si el Tribunal que juzga el fondo no la considera debidamente probada aplica siempre el - Derecho material español". (268)

---

(267) Véase: A. Pérez Voituriez, ob. cit. pág 45.

(268) Id. pág 45

Es decir, que "dichos Tribunales gozan de plena libertad para interpretar las normas extranjeras". (269)

Ahora bien, si las partes están de acuerdo en el contenido y vigencia de los textos legales aducidos y su interpretación no incumbe a los Tribunales españoles (no se limita al T.S., sino que la generaliza), parece que hay in congruencia. (270)

¿Qué quiere decir el Tribunal Supremo al sostener - que no incumbe a los Tribunales españoles la interpretación de los textos legislativos extranjeros, como si se - tratara de la propia legislación de éstos?

Parece más bien que subyace una implícita distinción entre la propia naturaleza de la ley extranjera y el tratamiento procesal de su aplicación, pero, además, que no es factible la incorporación material, pues debe justificarse debidamente lo que la jurisprudencia belga tenga establecido. (271)

---

(269) En este sentido E. Pecourt GARCÍA. Crónicas de jurisprudencia en materia de Derecho Internacional privado, en la R.E.D.I., a partir del V, XVI, 1963.

(270) Véase: Pérez Voiturez, ob. cit., pág 45.

(271) Id. pág 46.

Criterios legales y justificaciones prácticas en la  
jurisprudencia española:

En efecto, desde las primeras sentencias hemos podido observar alusiones a principios generales de la doctrina - de Derecho internacional privado, y también referencias a principios generalmente aceptados de Derecho internacional.

En el período de vigencia de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, al amparo del artículo 7º, se dió una base propicia para que la jurisprudencia española desarrollara la inclusión de los principios generales del Derecho internacional básicos para la propia naturaleza del Derecho internacional privado:

"El Estado español acatará las normas universales - del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo".

De otra parte, en la jurisprudencia actual podemos observar también la influencia incipiente de la doctrina científica de nuestros días, señalada de manera expresa en la sentencia de 16 de octubre de 1940:

"... y, si bien la primera de esas soluciones cuenta en su favor con la antigua y arraigada del mero hecho, según la cual incumbe a las partes la invocación y demostración del Derecho extranjero, la mayoría de los tratadistas ven en ella cierto aspecto de denegación de justicia más acusado aún en la tendencia actual de la ciencia jurídica, que en vez de mantener la pasividad del juez en la compro-

---

(272) Cit. en E. Tierno Galván, Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1939), Madrid, 1968, pág 183.

bación de la norma extranjera aplicable, quiere que la indague o coopere a la indagación de oficio (*jura novit curia*), sin que, por lo tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante, por lo que la doctrina científica más justificada se pronuncia en estos casos por la aplicación de la "LEX FORI", solución que esta Sala acepta, máxime en el caso de autos, en que casi todos los elementos de las relaciones jurídicas de que se trata tienen su asiento en nuestro país..."

¿Supone esta sentencia un cambio efectivo de orientación jurisprudencial?

Pérez Voituriez destaca que "ello valdría tanto como celebrar la toma de conciencia de nuestro Tribunal Supremo y la puesta al día con los criterios más progresistas de - Derecho comparado". Y añade, "... sin embargo, esta pauta, acorde con la doctrina actual, no ha tenido posterior desenvolvimiento" (273)

Un cambio de orientación jurisprudencial parece originarse en la sentencia de 5 de noviembre de 1971: Demanda de separación de un norteamericano contra su esposa y reconvencción de la mujer conforme otra causa. El marido pide la aplicación del Derecho español, mientras la mujer entiende aplicable el Derecho extranjero, del Estado de Connecticut".

---

(273) Véase: A. Pérez Voituriez, ob. cit. pág 56. Una observación de matiz cabe destacar en la misma sentencia. En el caso resuelto de 16 de octubre de 1940 se resuelve la aplicación de derecho español, de la "LEX FORI", Id. pág - 56.

El Tribunal Supremo desestima la demanda "por solicitar la aplicación del Derecho español cuando era competente el extranjero".

Por otra parte, rechaza la reconvención de la mujer por falta de prueba del Derecho extranjero, mediante el dictámen de dos letrados del país, "exigencia que no puede suplirse por la conformidad de las partes sobre el derecho aplicable".

Según destaca Miaja de la Muela, el interés de este fallo radica en apartarse el Tribunal Supremo de su práctica anterior de aplicar el Derecho español cuando no ha podido acreditarse cumplidamente el contenido del extranjero reclamado por la norma de conflicto, para desestimar la pretensión de la parte que no logró aquella prueba habiendo solicitado la aplicación de la ley extranjera que procedía según nuestro sistema conflictual. (274)

De otra parte un paso avanzado en el terreno de los principios es la Resolución de 18 de septiembre de 1971 que ordenó la autorización de un matrimonio civil de un "saharai", súbdito español, ya divorciado de dos matrimonios canónicos anteriores, partiendo de una interpretación flexible del principio de indisolubilidad matrimonial, criterio que no es seguido, en cambio, en la sentencia del T. S. de 12 de marzo de 1970 en la que se siguieron los planteamientos tradicionales de incompetencia jurisdiccional y orden público.

---

(274) Véase: A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, vol.I; 6ª ed., 1972, págs 494-496 y 497.

Hacia una nueva orientación en la reforma del Título Preliminar del Código Civil Español:

¿Aporta una nueva orientación la reforma del Título Preliminar del Código Civil? Entendemos que si, ya que: de una parte el juez está obligado a aplicar de oficio la norma de conflicto; y de otra, el párrafo 2º del número 6 del artículo 12, aunque mantiene el criterio tradicional de la jurisprudencia, derivado de considerar la ley extranjera - como cuestión de hecho, y consiguientemente el deber de la parte que invoque el Derecho extranjero de acreditar su - contenido y vigencia por los medios probatorios de la ley - española, establece a continuación que el juzgador puede - valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación - considere necesarios, dictando las oportunas providencias.

Todo lo cual implica una total libertad del Tribunal, tanto para la averiguación de la norma extranjera aplicable como para fijar la correcta interpretación de la misma, pudiendo ilustrarse sobre el particular, aún sin la ayuda de las partes, con lo cual se dará fin a situaciones de - "verdadera angustia para los tribunales, como en aquellos supuestos, no tan infrecuentes, en los que la parte que la había invocado, sin embargo no había logrado probar la vigencia de la ley extranjera, punto éste en el que la reforma es acreedora de todo género de plácemes" (275)

---

(275) Véase: Pérez Voituriez, ob. cit. pág 57.

Los peculiares problemas que plantea el artículo 12.6º  
del Código Civil:

Antecedentes sobre la elaboración de la norma:

El dictamen del Consejo de Estado examinó con gran amplitud la amplia problemática de la aplicación de las normas de conflicto españolas y el Derecho extranjero eventualmente declarado aplicable, en función del texto adoptado por el Pleno de la Comisión General de Codificación.

El dictamen comenzaba señalando la existencia de una importante deficiencia en el texto propuesto en el que, a juicio del Consejo de Estado, se dejaban completamente indeterminados los medios de prueba y los instrumentos de control sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero alegado.

Por otra parte, procedió a un riguroso examen doctrinal y jurisprudencial del problema, con exactas referencias de Derecho comparado (art. 293 de la Ordenanza Procesal civil alemana, de 30 de enero de 1877; sistemas suizo y norteamericano, de aplicación de oficio de la ley material reclamada en los conflictos interlocales; sentencia de 12 de marzo de 1959 y 2 de marzo de 1970 de la "Cour de Cassation francesa"; etc.). Pero se mostró consciente de que un artículo del Título Preliminar del Código Civil, que según la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 ha de inspirarse en los criterios jurisprudenciales, no debía introducir una novedad radicalmente contraria a dichos criterios susceptible de trastocar el sistema procesal español.

No obstante, puede y debe distinguirse entre la aplicación de la norma de conflicto y la aplicación de su con-

secuencia jurídica, la ley extranjera reclamada: la primera, debe serlo de oficio por el juez, para lo que bastará la verificación de las conexiones en los autos procesales; la segunda, si bien no sería realista propugnar su aplicación de oficio, tampoco debe permitirse que la alegación y prueba de la ley extranjera se convierta en un cauce abierto para el fraude.

No debe confundirse, concluía el dictamen del Consejo de Estado, el "deber" con el "derecho" del juez a conocer la ley extranjera, ni olvidarse el carácter imperativo de la norma de conflicto. Al juez correspondería la aplicación de oficio de la norma de conflicto española; la verificación de las conexiones; y, finalmente, se le debe "autorizar", "aunque no imponer, la búsqueda del contenido de la ley extranjera declarada aplicable, para lo que el instrumento idóneo sería las diligencias para mejor proveer. Por todo ello, el Consejo de Estado estimaba que el número 6 del artículo 12 debiera quedar redactado de la siguiente manera:

"Los Tribunales y Autoridades aplicarán de oficio - las normas de conflicto del Derecho español. La persona - que invoque el Derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador no está obligado a limitarse a las alegaciones y pruebas que las partes le hayan proporcionado, sino que puede valerse también de otros instrumentos de averiguación, dictando al efecto las oportunas providencias".

Se llega así, finalmente, al texto del apartado 6 - del artículo 12 en el Decreto de 31 de marzo de 1974, sustancialmente idéntico al propuesto por el Consejo de Estado.



Valoración crítica de la norma contenida en el  
artículo 12.6º del Código Civil:

La doctrina moderna española de Derecho internacional privado, como un reflejo más de la inquietud, de impaciencia por resolver un problema tan acuciante y vital para la debida resolución del tráfico externo, ha abordado - nuestro tema con particular unidad de criterio.

Como tónica general, hay varios puntos de coincidencia que importa recalcar.

Valorado en su conjunto, el apartado sexto del artículo 12 del vigente Título Preliminar significa un indudable progreso, en la medida en que viene a proporcionar un cauce de solución a dos problemas que desde hace años reclamaban una urgente revisión en el sistema jurídico:

En primer lugar, la determinación de los supuestos - en que el tribunal español debe aplicar de oficio la norma de conflicto española, sin tener que esperar a la previa - alegación por las partes o parte interesada del Derecho extranjero aplicable; en segundo lugar, salvaguardar la función judicial en la aportación del Derecho extranjero al - proceso, superando una actitud de pasividad en la que el - abuso de derecho, el fraude y la posible mala fe de los litigantes resultan claramente favorecidos. (276)

---

(276) Véase: Carrillo Salcedo, Comentarios a las reformas del Código Civil ..., ob. cit. pág 673.

Como es sabido, el principio "Jura novit curia" ha sido concretado por la doctrina manifestándose que el juez tiene "un absoluto e ilimitado deber de conocimiento sobre la existencia y contenido del Derecho positivo nacional". (Stein)

Este deber no está expresado de manera concreta en ninguna norma jurídica, pero es evidente que se deduce de lo que se establece en el artículo 1 del Código Civil español o en el artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; porque si los jueces tienen el "deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido" (art. 1, 7, del C.c.) - (sistema de fuentes que no olvidemos hace referencia al ordenamiento español), qué duda cabe que será válido para las partes proporcionar al juez los fundamentos legales de sus pretensiones, pero en ningún caso esos fundamentos pueden vincular al juez. De ahí que el juez deba fundamentar su sentencia en las bases legales pertinentes, aún cuando no hayan sido alegadas por las partes. (277)

En definitiva, a través de los tiempos se ha llegado a un reparto lógico en las tareas procesales: las partes aportan los hechos y el juez el derecho (narra mihi factum narro tibi jus).

Pues bien, la aplicación del Derecho material extranjero en el proceso español crea una situación procesal peculiar que se puede concretar en la alteración del principio "jura novit curia". Ya que el deber ilimitado de conocimiento del Derecho tiene como "lógica" frontera el que -

---

(277) Véase: Valentín Cortés, ob. cit. pág 60.

el Derecho sea positivo y que sea "nacional". Y aquí es -- donde se produce la alteración del principio "jura novit - curia" que debe ser entendido en relación con el Derecho - extranjero y en relación con la costumbre de manera muy - distinta.

Según destaca Valentín Cortés, si el deber de conoci- miento del Derecho por el juez tiene sus fronteras en que se trate de Derecho positivo nacional, ello no puede signi- ficar en modo alguno que el Derecho extranjero pierda a los efectos procesales su consideración de norma jurídica; si se llegara a esa solución simplista, se acabaría por tra-- tar al Derecho extranjero como hecho y éste quedaría, en - cuanto a su aplicación, a la entera disposición de las par- tes. Los resultados serían evidentes:

"Si el Derecho extranjero no se alega y prueba, el - juez no lo podría ejercer, incluso en los casos en que sus conocimientos jurídicos se extendieran a ese determina- do ordenamiento judicial; no sólo eso, sino que, admitido por ambas partes un determinado Derecho extranjero, el juez tendría que partir de él en consecuencia". (278)

En este orden de cosas, y teniendo en cuenta lo ex-- puesto sobre el principio "jura novit curia", el profesor Valentín Cortés opina que la norma del art. 12.6 del C.c. es sumamente contradictoria y destaca que: "El legislador comienza diciendonos que nuestros jueces aplicarán de ofi- cio la norma de conflicto española; en puridad, ello quie- re decir que si esa norma de conflicto señala la aplica-- ción del derecho material extranjero, el juez español de- berá fallar el pleito conforme a esa norma extranjera".

---

(278) Véase: Id., pág 60.

Para el profesor Valentín Cortés, el principio establecido y la posterior regulación que se hace en la norma son contradictorios; y dice que "nuestro legislador ni entiende el principio "jura novit curia" como debía haberlo entendido, ni adopta una posición clara con respecto al Derecho extranjero. Hubiera podido considerar, desde el punto de vista procesal, al Derecho extranjero como un hecho, y su postura, aún cuando criticable, sería al menos coherente. bajo mi criterio, dice Valentín Cortés, lo que se legisla en este artículo 12.6 es producto de una mala comprensión, si es que se intentó, del Derecho comparado". - (279)

El sentido de "INSTRUMENTOS DE AVERIGUACIONES":

El cauce procesal para la intervención del juez en orden al conocimiento del Derecho extranjero aplicable son las llamadas "diligencias para mejor proveer" del art. 340 L.E.C. Pero esta facultad judicial de recabar la oportuna prueba documental o pericial "es meramente potestativa", - como se afirma en la sentencia deñ T.S. de 12 de marzo de 1973; lo que se corresponde con el carácter complementario que tiene este cauce de conocimiento del Derecho extranjero, que el art. 12.6º subraya con la expresión "además" y la referencia a que el juez "podrá" valerse de estos medios de prueba, no que deberá utilizarlos.

---

(279) Véase: Id., pág 62 y sig.

Y la sentencia del T.S. de 12 de noviembre de 1976, confirmando esta conclusión, pone de relieve la oportunidad de este cauce procesal pues en aqueñ caso el juez acordó, con base en el art. 12.6º del C.c., para mejor proveer, "que se complementase dos jurisprudencias sobre la vigencia y alcance de la legislación extranjera cuya aplicación se postulaba por el actor". (280)

De otra parte, y como ha podido apreciarse, el régimen de la prueba se ha establecido en relación con la actividad de las partes en el proceso. Pero el art. 12.6º, Párrafo 2º, en su inciso final, permite que el juzgador pueda utilizar para la "aplicación" del Derecho extranjero - "cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas", extremo éste del precepto que ha sido considerado por la doctrina como un evidente progreso en la materia. (281)

Ahora bien, como afirma la decisión ultimamente citada, la finalidad de la intervención judicial, conforme al inciso final del art. 12.6º del C.c., realizando de oficio actos de instrucción en el proceso es excluir "la errónea dualidad entre verdad material y verdad formal o no verdad" finalidad que explica el alcance último de las facultades del juez en materia de conocimiento del derecho extranjero.

Según destaca el profesor González Campos "el juez - no puede suplir la inactividad de las partes, pues esta actividad en orden a la prueba les es exigida; pero tampoco

---

(280) Véase: J. González Campos, ob.cit. pág 20; Valentín Cortés, ob. cit. pág 73 y sig.

(281) Véase: González Campos, ob. cit. pág 20; Carrillo - Salcedo, ob. cit. pág 677.

puede quedar maniatado por lo que éstas han aportado como prueba, ni por la aceptación de una de ellas de lo que la otra aportó. Entre ambos límites, la intervención judicial en esta materia es susceptible de contribuir decisivamente a un mejor conocimiento del derecho extranjero aplicable - en el proceso". (282)

#### Hacia una cooperación internacional:

A modo de conclusión general, conviene mencionar y - como testimonio, al convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, firmando en Londres el 7 de junio de 1968 y del que es parte España (Cfr. B.O.E. - del 7 de octubre de 1974); Convenio complementado por un - Protocolo de 15 de marzo de 1978, en materia de informa- - ción sobre Derecho penal extranjero.

El convenio ha establecido un sistema de auxilio judicial internacional en material de información sobre Derecho extranjero que parte de la designación por cada uno de los Estados obligados por este tratado de un órgano de coordinación, que será el encargado de recibir las peticiones procedentes del extranjero sobre su Derecho civil o - mercantil y de permitir la oportuna respuesta, que deberá ser facilitada en el más breve plazo posible; siendo de - destacar el hecho de que la información deberá basarse en textos legales o decisiones judiciales e ir acompañada de documentos doctrinales o comentarios explicativos.

---

(282) Véase: Gonazálo Campos, ob. cit. pág 21.

De este modo, la autoridad judicial que reclama la información podrá obtener una respuesta objetiva e imparcial sobre el ordenamiento jurídico de otro Estado; información que ha de permitirle un mejor conocimiento del Derecho extranjero aplicable.

## SECCION XII

### Concepción del Derecho Extranjero

#### aplicable en el Ordenamiento Jurídico Italiano

La "solución italiana" del problema del reconocimiento en el interior de la autoridad del legislador extranjero:

#### Concepto y planteamiento general:

En efecto, la doctrina predominante durante este siglo en Italia, de ANZIOLOTTI en adelante, y aunque no sin importantes excepciones, ha reconocido, y continúa reconociendo todavía, que la norma extranjera a que remiten las reglas italianas de conflicto vienen a configurarse como norma "ITALIANA", con la consiguiente aplicación de todas las reglas que en tema de alegación, de declaración de certeza y de aplicación de las normas, valen en cuanto a las normas ITALIANAS: reglas que se sintetizan en el adagio tradicional "jura novit curia".

Carencia en el Derecho positivo italiano de normas de alcance general acerca del tratamiento procesal del Derecho extranjero: indicación de las normas de alcance especial:

Se impone, pues, en este punto, la necesidad de indagar si existen en el Derecho italiano vigente, y por tanto,



ante todo, en la ley italiana, reglas atañentes al tratamiento procesal del Derecho extranjero a que hagan remisión las normas de conflicto.

Los resultados de esta indagación son sustancialmente negativos. Al igual que en Francia, y a diferencia de Alemania, Austria y otras partes, falla en el Derecho italiano una norma de "alcance general" concerniente al tratamiento del Derecho extranjero en el proceso civil.

Y no pueden ser de gran ayuda en la investigación de una solución de validez general para nuestro problema, evidentemente, como "LEGES SPECIALES", los tratados internacionales que disciplinan el tema, disponiendo, por ejemplo, que las cortes de cada uno de los Estados contratantes puedan dirigirse para informaciones - directamente o a través de los medios diplomáticos - al Ministerio de Asuntos Exteriores o al Ministerio de Justicia del otro Estado, ministerios que están obligados, en consecuencia, y no por simple de ber de cortesía, a suministrar "el texto de las leyes vigentes en el propio territorio y, cuando sea el caso, las informaciones necesarias acerca del punto discutido de derecho" (283)

---

(283) Véase: sobre este tema, M. Cappelletti y J.M. Perillo, *Civil procedure in Italy*, The Hague, Nijhoff, 1965, - pág 410-411, 422-423. Véase también M. Cappelletti y J.M. Perillo, *Internacional Co-operation in litigation: Italy*, en H. Smit (editor), *International co-operation in litigation: Europe*, ob. cit. pág 247, 280.

En la búsqueda de criterios de tratamiento del Derecho extranjero y la presunta naturaleza de "hecho" o de "Derecho" de la norma extranjera a que se remite:

En defecto, pues, de una solución normativa de tales problemas, se comprende y en parte se justifica el hecho - de que, no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia italiana, se haya recurrido frecuentemente a soluciones más o menos coherentemente dictadas por los procedimientos de abstracción deductiva.

Puede ser significativo al respecto la posición del conocido internacionalista, Mario Giuliano. Este autor, en una reciente, docta y penetrante relación, profesa decidida adhesión a la tesis, especialmente elaborada por "ZAJ-TAY", según la cual "no existe vínculo de causa a efecto" entre la regla acerca del tratamiento procesal del Derecho extranjero y "la calificación de la ley extranjera como hecho o como derecho". (284)

Termina él, sin embargo, por decir, no sin cierta - contradicción, que, puesto que "en el sistema jurídico italiano, lo mismo que en el sistema jurídico francés, toda - disposición legislativa explícita contemplando el tratamiento del Derecho extranjero en el proceso civil, falta - por completo; desde luego, la solución de nuestros problemas depende necesariamente del carácter que la jurisprudencia y la doctrina italianas atribuyan a las reglas de Derecho extranjero cuya aplicación esté impuesta por las reglas

---

(284) Véase: M. Giuliano, Le traitement du droit étranger dans le procès dans les systèmes juridiques continentaux, en Rev. int. de droit comparé, 1962, pág 5 y 13.

italianas de conflicto". (285)

En opinión de M. Cappelletti "hay que reconocer inmediatamente que la contradicción en que parece haber incurrido el recordado autor es más aparente que real. En efecto, nadie lograría formarse un cuadro exacto de la situación real del sistema italiano en materia de tratamiento procesal del Derecho extranjero sin tomar en cuenta lo que puede haber parecido "dudoso" en otros países y particularmente en Francia, es en cambio indudable en Italia".(286)

Pues, M. Cappelletti, quería decir que es y ha sido indudablemente fuerte la influencia ejercida por los planteamientos dogmáticos-deductivos de la doctrina sobre la jurisprudencia de las cortes italianas en la materia que estudiamos. (287)

---

(285) Véase: Giuliano, ob. cit. pág 19.

(286) Véase: Mauro Cappelletti, ob. cit. págs 147 y 148; - también, Cyrille David. "Es dudoso que la naturaleza de derecho o de hecho del Derecho extranjero influya efectivamente sobre las soluciones que se dan a los problemas que plantea su aplicación", en La loi étrangere devant le juge du fond, París, Dalloz, 1965, pág 6.

(287) M. Cappelletti, afirma que "en una indagación como la realizada tan diligente y penetrantemente por Zajtay sobre los "factores" que han determinado la formación jurisprudencial de las reglas que disciplinan el tratamiento procesal del Derecho extranjero (cfr. Zajtay, Zur Stellung) no dudamos que por lo menos en Italia debería ponerse en evidencia también un factor que ha sido en cambio descuidado por aquel autor: a saber, la gran influencia ejercida sobre la jurisprudencia por las concepciones de la doctrina". cit. en ob. cit. pág. 148.

No pretendemos afirmar con esto - dice Cappelletti - que la aceptación jurisdiccional de las más difundidas y - autorizadas premisas y consecuencias doctrinales haya sido siempre plena y pasiva. Por el contrario, Cappelletti, ve que solamente en la orientación más reciente de la Corte - de Casación italiana tales premisas y sobre toda tales consecuencias han sido casi plenamente aceptadas, mientras - que hasta hace pocos años ha sido en cambio premodinante - en jurisprudencia una concepción por lo menos en parte antitética a la doctrinal.

Pero queda el hecho de que el METODO seguido aún por la menos reciente jurisprudencia, ha sido frecuentemente - análogo al de la doctrina. O sea, que también en palabras de Cappelletti "los jueces, no menos que los 'profesores', solían partir de una premisa dogmática - para inferir de ello, más o menos rigurosamente, las consecuencias (onus - probandi, o, en el polo opuesto, jura novit curia). (288)

El verdadero contras se hallaba, pues, en la premisa: RES FACTI para la jurisprudencia, y derecho "nacionalizado" para la doctrina. Pero el método era, lo repetimos, estructuralmente el mismo, por lo cual puede decirse que, no obstante las contrapuestas soluciones, las sentencias - italianas en esta materia, aún las menos recientes, se manifiestan casi siempre muy atentas y sensibles a los planteamientos dogmáticos doctrinales.

La orientación más reciente de la jurisprudencia de la Corte de Casación haya terminado por desplazarse cada - vez más decididamente hacia las soluciones vigorosamente -

---

(288) Véase: M. Cappelletti, ob. cit. pág 148.

propugnadas durante décadas por la doctrina (289), hasta -  
llegar a la recentísima y casi integral aceptación juris--  
prudencial de las más difundidas y rigurosas soluciones -  
doctrinales.

Las reglas positivas del tratamiento procesal de los ele-  
mentos de hecho y los de Derecho:

Si es innegable que, no sólo la doctrina, sino la -  
misma jurisprudencia italiana ha ido haciendo un uso muy -  
frecuente del procedimiento dogmático de inferir la regla-  
mentación de la materia de la supuesta naturaleza de dere-  
cho o de hecho de la norma extranjera, puede ser entonces  
interesante también para nosotros en esta sede observar -  
qué tratamiento reserva el derecho positivo italiano, res-  
pectivamente, a los elementos de hecho y a los elementos -  
de derecho en el proceso civil.

Esta indagación, que nos llevará a resultados a menu-  
do, aunque no siempre coincidentes con aquellos a que una

---

(289) "En cuanto a una de las primeras autorizadas y vigo-  
rosas tomas de posición doctrinales contra la tendencia ju-  
risprudencial a tratar en juicio el Derecho extranjero a -  
la manera de un hecho, cfr. D. Anzilotti, Prova di leggi -  
estere. Presunta conformita con la "LEX FORI", Nota a la -  
apelación de Venecia, 31 de julio de 1906, Riv. dir. int.  
vuelta a publicar en Opere di D. Anzilotti, VI: Studi di -  
diritto processuale internazionale e di filosofica del di-  
ritto, Padova, Cedam, págs 87 y sigs. cit. en M. Cappellet-  
ti, ob. cit. pág 149.

análoga indagación podría llegar en otros sistemas jurídicos (290) puede revelarse útil también al objeto de encuadrar en una valoración global la posición actual de la jurisprudencia italiana en esta materia, tratanto de comprender también sus límites de coherencia lógica respecto de las premisas aceptadas.

#### La carga de alegación:

Ante todo, los hechos jurídicos que la parte pone como fundamento de su acción ejercitada en vía principal o reconvenzional o de su excepción, deben en principio y sin las formalidades típicas, por ejemplo, de los "PLEADINGS" (alegaciones) del Common Law (291), ser afirmados, o sea "alegados", por la parte interesada.

En una palabra, existe una carga de alegación de la parte interesada. Esa carga se infiere claramente, más aún que las reglas sobre la carga de la prueba, de la regla fundamental puesta por el artículo 112 del Código Proc. civil, es decir, de la regla de la "correspondencia entre

---

(290) Véase: H. Motulsky, *L'office du juge et la loi étrangère*, en *Mélanges offerts à J. Maury*, I, París, Dalloz y Sirey, 1960, págs 337 y sigs. Véase también Sentí Melendo, *El juez y el Derecho*, Buenos Aires, EJEa, 1957, pág 4 y sigs.

(291) Véase: Schlesinger, R.B., *Comparative Law*, 2nd Ed. - The Foundation Press, Brooklyn, 1959, pág 48 y sigs.

la demanda y el pronunciamiento" (292): JUDEX SECUNDUM ALLEGATA PARTIUM DECIDERE DEBET, o sea, el juez debe decidir siempre según lo alegado por las partes.

Por el contrario, vale en cuanto a los elementos de derecho la regla formulada por el art. 113, ap. 1ª, Cod. - proc. civ: "Al pronunciar sobre la causa el juez debe seguir las normas de derecho, a menos que la ley le atribuya el poder de decidir según equidad". La norma jurídica, y - el hecho (normativo) del cual ha emanado - ley, uso, precedente judicial o el que fuere - no necesita alegación: "juris novit curia": (el juez, o el tribunal conoce el derecho, o las normas legales), da mihi racta, tibi dado jus (dame el hecho y te daré el derecho). Aún en el silencio de ambas partes, podrá y deberá el juez aplicar de oficio la norma de derecho que disciplina la hipótesis deducida en juicio.

---

(292) Art. 112, Cod. proc. civ: "El juez debe pronunciar - sobre toda la demanda y no más allá de los límites de ella; y no puede pronunciar de oficio sobre excepciones que pueden ser propuestas solamente por las partes".

A propósito de la distinción entre carga de alegación y - carga de la prueba, véase, en cuanto puede valer también - respecto a Italia, lo que escribe Motulsky, L'office du juge, ob.cit. pág 340 "Esta discriminación entre alegación - y prueba parece ganar terreno poco a poco en Francia(...). Las reglas a las cuales obedecen los dos factores no son - necesariamente idénticas; el juez posee particularmente en materia de prueba, un derecho de iniciativa que no tiene - equivalente en el terreno de la alegación"; véase también M. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema - della oralità, I. Milano, Giuffrè, 1962, pág 50 y sig, 329 y sigs.

Los poderes de iniciativa probatoria ("disponibilidad" de las partes):

El art. 115 del Cod. proc. civ., el cual bajo la rúbrica "Disponibilidad de las pruebas", establece que: "Salvo los casos previstos por la ley, el juez dene poner como fundamento de la decisión las pruebas propuestas por las partes o por el Ministerio Público. Sin embargo, puede sin necesidad de prueba poner como fundamento de la decisión las nociones de hecho que entran en la experiencia común".

Por el contrario, tratándose de elementos de derecho (así como también de los hechos normativos - Leyes, usos, etc. - de los cuales derivan aquellos elementos ), el juez no está pasivamente vinculado a las iniciativas probatorias de las partes: Jura novit curia. Esto es relevante a los efectos prácticos también en cuanto a las normas de derecho interno: no tanto en materia de leyes, decretos y reglamentos, los cuales, publicados oficialmente, muy raras veces pueden dar lugar a problemas de prueba, cuanto para el derecho antiguo y para los usos siempre que el juez tenga que aplicarlos a los hechos de la causa.

"En esta materia, investigaciones personales podrán ser libremente emprendidas por el juez, quien podrá servir se también de todos los medios de prueba referentes al caso: en una palabra, tendrá el "poder-deber" de hacer todo cuanto sea posible a fin de verificar la norma aplicable".  
(293)

---

(293) cit. en M. Cappelletti, ob. cit. pág 154. Véase también Micheli, G.A. "Jura novit curia", en Riv. di dir. proc., 1961, pág 593 y sigs; Perrillo, J.M. y Cappelletti, Mauro, Civil Procedure in Italy, The Hague, Nijhoff, 1965, pág 409 y sigs.



Por lo demás, hay que hacer notar inmediatamente que la obligatoria pasividad del juez frente a las iniciativas probatorias de las partes en materia de elementos, si era regla casi absoluta en un sistema procesal rígidamente dominado por la idea de que el proceso civil fuera pura y exclusivamente "asunto de las partes", es ya en el día de hoy, en cambio, una regla fuertemente atenuada en los modernos sistemas procesales de la Europa continental occidental y "casi abolida en los de la Europa oriental" (294)

En lo que particularmente se refiere al sistema italiano, el juez civil - aunque no puede, salvo excepciones, asumir de oficio la pruebas testificales ni ordenar la exhibición de pruebas documentales, ni el juramento decisorio, ni el interrogatorio formal de las partes -, puede sin embargo disponer de oficio los medios siguientes: el interrogatorio no formal a las partes (Cod. proc. civ. art. 117), el cual, aunque primariamente configurado como instrumento para la clarificación de las alegaciones, puede no obstante ser utilizado también a efectos probatorios libremente valorables por el juez (Cod. proc. civ., art. 116, ap. 2ª) la consulta técnica (Cod. proc. civ., arts. 61-64, 191-201); la inspección de cosas, lugares y personas (Cod. proc. civ. art. 118); el juramento supletorio de las partes (Cod. civ., arts. 2736-2739; Cod. proc. civ. arts. 240-243), que todavía tiene en el derecho italiano eficacia probatoria legal, esto es, vinculante para el juez; la demanda de informaciones a la administración pública relativamente a actos y documentos poseídos por dicha administración (Cod. proc. civ., art. 213)

---

(294) Véase: M. Cappelletti, ob. cit. pág 194.

En conclusión, aún en el supuesto hipotético de que el Derecho extranjero hubiera de tratarse en el proceso como elemento de hecho, no faltarían al juez civil italiano eficaces instrumentos de indagación - el más importante de todos el de la consulta técnica - disponibles aún sin la iniciativa de las partes, aunque siempre dentro de los límites de los hechos jurídicos alegados por las mismas partes.

El efecto de un acuerdo entre las partes de una falta de contestación:

Los hechos sólo necesitan de prueba en la medida en que sean controvertidos entre las partes. Por el contrario, respecto de los elementos de derecho la regla es que la opinión, incluso concorde, de las partes no vincula al juez: en la interpretación de la ley, "Los jueces están únicamente sujetos a la ley" (Constitución, art. 101, ap. 2º). La voluntad de las partes, en las materias no sustraídas a su disponibilidad, puede tener relevancia en cuanto comporte un acto de disposición de la relación jurídica sustancial deducida en juicio, pero no en cuanto voluntad orientada a modificar o corromper el significado del derecho objetivo, y por tanto, de la ley.

"Un sano criterio de administración de la justicia - debería inducir sin embargo siempre al juez a evitar "sorprender" a las partes con una solución jurídica no prevista ni discutida por ellas; es decir, debería hacer oportunamente presente a las partes, a fin de que la sometiesen a examen, la perspectiva de soluciones distintas de las presentadas por ellas de común acuerdo o en contraste en-

tre si". (295)

La eficacia de los medios de prueba legal y los límites de admisibilidad de los medios de prueba:

El mismo razonamiento debe hacerse, en general, en cuanto a todos los medios de prueba legal, esto es, cinvuantes "ex lege" para el juez.

En el derecho italiano continúan, en cambio, no pocos resabios más o menos justificables, del sistema medieval de la prueba legal - así lo comenta Mario Cappelletti - a pesar de que la regla general sea ya desde hace más de un siglo la de la libre valoración de las pruebas por parte del juez (Cod. proc. civ., arts. 116, ap. 1<sup>a</sup>) (296)

Entre las pruebas legales deben mencionarse las presunciones legales - absolutas y relativas; el juramento de cisorio y supletorio de la parte; la contesión; dentro de ciertos límites, la prueba documental misma, especialmente si proviene de un notario o de otro oficial público autorizado para atribuir fe pública al documento.

Pero ya se comprende que dicha eficacia probatoria - "legal" se limita a los elementos de hecho del proceso; pero si, como antorizadamente se afirma, las pruebas legales

---

(295) Véase: M. Cappelletti, ob. cit. pág 157. Una indicación en tal sentido en el art. 183. ap. 2<sup>a</sup>, Cod. proc. civ.

(296) Véase: M. Cappelletti, ob. cit. pág 158.

antedichas son utilizables también para la comprobación - de elementos de derecho, evidentemente, dichas pruebas, - respecto a esos elementos pierden su eficacia vinculante, pues el principio "jura novit curia" no admite vínculos - probatorios, sino en cuanto sean específicamente creados por la ley en relación a los hechos normativos. (297)

#### Los hechos notorios:

Los hechos notorios, al igual que las máximas de experiencia, no necesitan prueba: "notoria non egent probatione". Esta regla vale, sin embargo, dentro del límite de las alegaciones de las partes: en efecto, aún cayendo, respecto de los hechos notorios, la carga de la prueba, no cae la carga de la alegación. Supóngase la notoriedad de un hecho en el cual se funda una "exceptio juris" de la parte: por ejemplo, la notoriedad de un hecho natural (terremoto, aluvión), que haya hecho imposible una determinada prestación.

Si se trata, como habíamos supuesto, de una excepción configurada por el derecho positivo como excepción "en sentido propio", el juez no podrá tomarla en cuenta de oficio. Pero una vez que la parte ha hecho valer su jus excipendi - alegando el hecho constitutivo de él -, entonces

---

(297) Por ejemplo, el art. 9 de las Disposiciones sobre la ley en general: "Los usos publicados en las colecciones oficiales de los entes y de los órganos a ello autorizados se presumen existentes hasta prueba en contrario". Véase, Micheli, "Jura novit curia", ob. cit. pág 590 y sigs.

y solo entonces, podrá y deberá el juez hacer uso de su saber o conocimiento particular como justificado por la notoriedad.

Cappelletti, lo comentó así: "la razón de ello es - muy clara. Si el juez pudiera prescindir, no sólo de la - prueba sino también de la alegación de la parte, vendría - él a extender su jurisdicción a derechos respecto de los - cuales la parte que es titular de ellos no ha pedido su - tutela. Es un fenómeno conocido en regímenes de "despri- - vatización" de los derechos subjetivos y de "publiciza- - ción" o "penalización" del proceso civil".

---

(297 Bis) Véase: Cappelletti, La testimonianza della parte, I, ob. cit. pág 303 y sigs, y II, pág 655 y sigs.

SECCION XIIIConcepción del Derecho Extranjeroaplicable en el ordenamiento jurídico inglésPlanteamiento general:

Los tribunales ingleses tratan el contenido del Derecho extranjero como si fuera un hecho extralegal, que no se puede esperar que conozca el juez. No usa, como por ejemplo, en Alemania, simplemente a las partes o a sus abogados como sus ayudantes para establecer el contenido del derecho; las partes tienen que probar el Derecho extranjero del mismo modo que prueban puros hechos.

El juez no toma ningún "informe judicial" del Derecho extranjero (298). Si lo conoce, tal conocimiento es una materia simplemente privada, exactamente como cuando tiene conocimiento de hechos que no le son presentados por una de las partes litigantes. No está capacitado para decidir el caso sobre el conocimiento adquirido por informa-

---

(298) En los Estados Unidos los Tribunales Federales obtienen informe judicial del derecho de cada Estado de los EE. UU. Conforme a una Ley uniforme de información judicial - (Uniform Judicial Notice Act) de 1936 (que fue adoptada por catorce Estados), Los Tribunales del Estado deben obtener notificación judicial de las leyes de los Estados hermanos. Los tribunales del Estado donde la Ley uniforme no ha sido adoptada, no obtienen tal información a menos que se requiera por ley hacerlo así. Véase: Wolf, Private international law, Oxford, 1945, Traducción española de Marín López, Barcelona, 1958, pág 209.

ción privada. Por esto, si surge la cuestión jurídica referente al mismo derecho extranjero en dos procesos conocidos por el mismo tribunal, éste no está autorizado, al juzgar el segundo, a referirse a aquello que ha conocido de las discusiones y el testimonio legal en el primero, y con eso evitar una repetición tediosa y costosa: "El tribunal debe actuar por el testimonio que obtiene en el caso actual" (299).

Si las partes convienen acerca del contenido del Derecho extranjero, en particular, si convienen que éste es el mismo que el Derecho inglés, el Tribunal aceptará su opinión, como acepta (otros) hechos sobre los que hayan acordado (300).

El juez está, por supuesto, capacitado a atraer la atención del abogado sobre algún punto del Derecho extranjero no puesto en evidencia por ellos. Pero si entonces éstos no siguen la sugestión, difícilmente aquel hará uso de ella.

---

(299) Véase el caso *Lazard Bros. v. Midland Bank* (1933) - In re *Marseilles Extension Railway and Land Co.* (1885), - 30 Ch.D.598, 602, el documentado juez Pearson sentía no poder hacer uso de la opinión que un jurista francés había dado en un litigio anterior; y añadía: "No puedo llevar a este caso el testimonio dado en otro". cit. en Wolff, ob.cit. pág 209 y 210.

(300) En el caso *Koechlin v. Kestenbaum* (1927), el juez (Rowlatt), después de haber oído algún testimonio más bien confuso sobre el derecho francés, pronunció: "Aunque admito que este testimonio me sorprendió, no fue contradictorio, y lo acepto para el fin de esta sentencia". Véase Avory, en la pág 900.

El Derecho extranjero es Derecho:

Lo que el tribunal aplica a los hechos establecidos ante él, es "DERECHO", no simple hecho. Es carente de sentido decir que un juez aplica un "hecho" a hechos. Toda de cisión judicial constituye un silogismo.

El Derecho que se aplica es Derecho extranjero y con tinúa siéndolo. Esto ha sido negado por algunos autores a causa de que el Derecho que no está en vigor en un país - (por ejemplo Italia) no puede tener ningún "effetto giuridico" en aquel país; por esto, el Derecho extranjero debe llegar a ser parte del Derecho local del país en que se - aplica, (la opinión italiano está bien expuesta por Ago y Fedozzi).

La verdad simple es que el juez obedece a su regla - de conflicto nacional aplicando Derecho extranjero, pero - sin hacerlo en ningún momento parte de su Derecho nacional. (301)

De otra parte, aunque el Derecho extranjero que el - tribunal tiene que aplicar continua siendo Derecho, es en algunos respectos tratado muy diferentemente del Derecho - propio del Tribunal. Esto es así porque no se puede espe-- rar que el juez lo conozca como conoce su propio derecho.

---

(301) Wolff da un ejemplo del campo lingüístico: (el hecho de que muchos italianos que viven en Inglaterra hablen italiano en sus relaciones recíprocas y con algunos de sus - amigos ingleses, no hace al italiano una "lengua inglesa") Véase Wolff, ob. cit. pág 208.



El problema de la prueba del Derecho extranjero en el sistema inglés:

Los hechos sólo necesitan de prueba en la medida en que sean controvertidos entre las partes. Precisamente por que el derecho inglés practica radicalmente en serio el - tratamiento del Derecho extranjero como hecho (302), de - ello se sigue la lógica consecuencia de que, si la ley extranjera que se alega es admitida, cesa de estar en controversia y el tribunal debe aceptarla como se la admitió aun que el fin de esa ley sea un efecto distinto. (303)

La consideración excepcional del Derecho extranjero se muestra:

1. Primero y sobre todo en el modo en que se averi--gua el derecho extranjero. Hay alguna diversidad en esto. En diferentes países continentales, por ejemplo en Alema--nia y Austria, es deber del juez investigar el Derecho extranjero que tiene que aplicar; este deber se basa en el - NOBILE OFFICIUM JUDICIS. Puede requerir asistencia en esto de las partes litigantes, que entonces solamente a su petición, tienen que probar el contenido del Derecho extranje-ro.

---

(302) Véase: R.H. Graveson, The conflicts of Laws, London, Swets and Maxwell, 1960, pág 397 y sigs.

(303) Véase: I.H. Jacob, International co-operation in li--tigation: England, en H. Smit (editor). International co--operation in Litigation, Europe, The Hague, Nijhoff, 1965, pág 399.

En ningún caso, sin embargo, está el juez limitado - al material jurídico que las partes le presentan. Puede - completarse estudiando las decisiones judiciales extranjer<sup>as</sup> que las partes han rechazado, ahondando en la literatu<sup>ra</sup> jurídica del país extranjero, etc. (304)

2. Segundo, el sistema total de considerar el Dere-- cho extranjero como su fuera un hecho extralegal, en parti<sup>cular</sup> de no admitir conocimiento judicial, parecería incon<sup>sistente</sup> con la práctica frecuente del tribunal, cuando - trata del derecho puramente inglés, de citar paralelos de - leyes extranjeras, de referirse a decisiones americanas, y de basar su propia decisión sobre opiniones expuestas allí.

El método inglés (y americano) de investigación del Derecho extranjero es, para utilizar una expresión de un - juez americano, "un anacronismo que viene del tiempo en - que las leyes de otros Estados no eran rápidamente asequi<sup>bles</sup>". (305)

Y todavía, aquellas fuentes fácilmente conocibles, como las leyes de Escocia, de Africa del Sur, de la India, Australia y las colonias de la Corona, no están exentas de consideración por los tribunales ingleses como hechos no - legales.

Wolff, dice, que el Derecho escocés, es cierto, debe ser considerado como derecho en la Cámara de los Lo<sup>res</sup>, aún

---

(304) Véase: Wolff, ob. cit. pág 210 y sig.

(305) cit. en Wolff, ob. cit. pág 211, Véase también el ca<sup>so</sup> Hammond Motor Car Co. v. Warren (Kansas), citado en J. H. Beale, Conflict of laws, III, 1935, núm 1.

en casos ingleses, pero así en los tribunales inferiores.  
(306)

Sin embargo, comenta Wolff más adelante que hay solamente una excepción al principio. Desde 1920 (307), no es ya el jurado el que tiene que decidir sobre el "hecho" del Derecho extranjero; la tarea de determinarlo pertenece al juez. Un primer paso en el camino para un sistema mejor, un primer reconocimiento de la verdadera naturaleza del Derecho extranjero. (308)

¿Qué sucede, si no se averigua el Derecho extranjero?:

Queda la cuestión del Procedimiento del tribunal cuando las partes no consiguen probar el contenido actual del derecho extranjero, lo que puede suceder de varios modos distintos. Puede ser que las partes hayan probado lo que el Derecho extranjero fue en un momento particular del pasado.

En tal caso el tribunal podrá recurrir posiblemente al principio dudoso de que lo ha que existido una vez se -

---

(306) Véase: el caso Elliot v. Joicey (1935).

(307) La ley de administración de justicia (Administration of Justice Act) de 1920, ya reemplazada por la Ley del Tribunal Supremo de Judicatura (Supreme Court of Judicature Act) de 1925. La misma regla fue introducida por la ley uniforme de información judicial americana (American Uniform Judicial Notice Act) de 1936.

(308) Véase: Wolff, ob. cit. pág 211.

presume que continuará en vigor a menos que se pruebe lo contrario.

Esto ayuda al Tribunal a alcanzar, aunque no certeza del derecho, por lo menos probabilidad. Parece que sería justificable para un Tribunal contentarse en general con establecer el Derecho probable en casos donde no se puede alcanzar certeza completa. (309)

Sabiendo que el Derecho común inglés ha influido grandemente en los cuarenta y ocho sistemas de derecho común de los Estados Unidos, parece razonable que los tribunales ingleses y continentales presuman que cualquiera de estos sistemas contiene las mismas reglas de derecho común que tiene el derecho inglés.

"En un caso alemán, que, sin embargo, no surgió en una decisión judicial, la cuestión era el derecho dado por el Derecho de Ecuador a una persona que por el testamento de un padre había sido despojada de su legítima en la sucesión de éste. En aquel momento inmediatamente después de la guerra de 1914-18 - era imposible tener acceso al Código civil ecuatoriano.

El código, sin embargo, se sabía que estaba basado en el Código civil de Chile (delineado sobre el modelo del Código Napoleón), su aplicación estaría por esto más cerca de la solución justa que la aplicación de la LEX FORI (de-

---

(309) Véase: Maury, Régles générales ... ob. cit. pág 77.

recho alemán)" (310)

Se ha objetado que este método de aplicar Derecho ex tranjero es arbitrario y pudiera llevar "posiblemente" a un resultado erróneo. Como respuesta se puede decir que con frecuencia la aplicación de la LEX FORI lleva "ciertamente" a una decisión errónea. Si, por ejemplo, modificamos los hechos del caso discutido arriba suponiendo que la acción fue ejercitada en un tribunal inglés, el resultado alcanzado por una aplicación de emergencia del derecho inglés sería aún más sorprendentemente injusta; por ello es bien sabido que sólo el derecho inglés y americano rechazan cualquier forma de legítima.

El derecho que rige en la mayoría de los países, sin embargo, no sigue la línea propuesta aquí. Si el derecho aplicable no puede ser probado estrictamente, el tribunal trata el caso o

a) dando sentencias contra la parte que tiene la carga de la prueba y que no ha conseguido presentarla, o

b) aplicando el Derecho del tribunal.

---

(310) Cit. en Wolff, ob. cit. pág 212. Véase también el Código civil alemán, art. 2.303. Según el derecho alemán, las personas capacitadas a la legítima, no tienen ningún derecho para llegar a ser "herederos" del fallecido y copropietarios de su hacienda, como es el caso según el derecho francés y todos los sistemas jurídicos derivados de él; tienen sólo una demanda pecuniaria contra los herederos testatarios por el valor de una mitad de la porción legal que hubieran recibido en el caso de abintestato. Todo abogado continental bien informado sabe que esta curiosa forma de legítima alemana (y austriaca) no ha sido adoptada por ningún otro derecho.

La primera solución prevalece en Alemania, según -- Wolff "se origina en la vieja y errónea concepción del carácter simplemente de hecho del Derecho extranjero". (311)

La segunda es una solución de emergencia, adoptada - por la mayoría de los países. Lleva a un resultado contrario al objeto del Derecho internacional privado, que es al canzar la armonía de decisiones; pero pudiera parecer preferible a la primera alternativa.

El Derecho inglés ha aceptado el segundo método (312). Se "presume" que el Derecho extranjero es el mismo que el Derecho inglés (313). Aún cuando todo el mundo sabe que di fiere de éste (aunque su contenido exacto está sometido a controversia), se presume que es el mismo. Lo que esta pre sunción significa realmente es que si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido por las partes a la satisfacción del Tribunal, éste aplicará el Derecho inglés.

---

(311) Véase: Wolff, ob. cit. pág 212.

(312) Véase: El caso Male v. Roberts (1800), 2, Espinasse's Nisi Prius Reports, 163. Véase también el caso Earl Nelson v. Lord Bridport (1845), 8 Beavan's Reports, Rolls Court, 527.

(313) Véase: los casos Brown v. Gracey (1821), Dowling and Ryland's King's Bench. Nisi Prius Reports, 41. Casey v. Casey, 1949, P. 420.

278

SEGUNDA PARTE

La interpretación del Derecho extranjero  
y el Control de su Constitucionalidad

## SEGUNDA PARTE

### Plan Metodológico

En la primera parte de este estudio, hemos llegado a afirmar la obligación del juez de aplicar de oficio la norma conflictual del Derecho Internacional Privado, así como la necesidad de afanarse en la búsqueda del contenido de la ley extranjera a la que la norma de "conexión" reclama su competencia como paso previo a la aplicación de la misma sobre los hechos expuestos ante aquél.

No cabe duda que el conocimiento del contenido de la norma jurídica extranjera por sí sólo no basta para poder aplicarla a los supuestos del proceso, ya que el juez deberá abordar la interpretación de la misma antes de proceder a aplicarla.

Pues bien, la interpretación de la ley extranjera - en el proceso civil suscita, particularmente, el interrogante de si el juez nacional debe, al interpretar esa ley, emplear los medios de interpretación utilizados en su Estado (el Estado del juez), o si - por el contrario - ha de ceñirse a las soluciones judiciales extranjeras y a los principios generales ya establecidos en el lugar de origen de esa ley.

Ahora bien, si este último criterio es el más conforme con la filosofía aplicada por el legislador nacional - cuando dispone la admisión del Derecho extranjero y acepta la aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado, ¿supondrá éste una diferencia en el papel del juez - al interpretar su ley y la proveniente del Derecho extranjero o conserva el juez la libertad de interpretar el Dere



cho extranjero de la misma forma que lo hace con el propio, pudiendo en todo caso establecerse una diferencia de grado?

Asimismo, los puntos de "conexión" pueden indicar la aplicación de una determinada ley extranjera. Antes de acordar su interpretación, al juez se le plantea la cuestión - de determinar si la misma responde a los criterios de forma y fondo de las exigencias constitucionales, y por lo - tanto será necesario examinar el alcance de la facultad - del juez para ejercer ese control constitucional y establecer los principios a los que deberá ajustarse.

Por último, es frecuente que el juez descubra que la aplicación del Derecho extranjero competente, reclamado - por la norma de "conexión", choca con los principios esenciales predominantes en su Estado; será entonces buen motivo excluir las normativas de ese Derecho y aplicar la ley nacional en nombre del orden público. Puede suceder también que el juez se percate, dadas las circunstancias y - acontecimientos del proceso, de que los litigantes han intentado cambiar intencionadamente las normas de colisión - para eludir la normativa de la ley competente.

La Jurisprudencia moderna reafirma el derecho del - juez a impedir este posible fraude de las partes, aplicando la teoría del fraude a la ley, lo que quiere decir que el juez se abstendrá de aplicar la ley a la que acudieron las partes con la intención de que se aplicase su normativa fraudulentamente y recurrirá a la aplicación de la ley competente y pertinente - desde el principio - en el conflicto en cuestión.

La divergencia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los sistemas jurídicos que hemos desarrollado en la primera parte de este estudio, da origen a problemas como la interpretación, la constitucionalidad y los impedi

mentos para la aplicación del Derecho extranjero; cuestiones que serán objeto de examen en esta parte.

Así pues, en el quinto capítulo estudiaremos, con el detenimiento que merece, la diferencia entre el papel del juez al interpretar el Derecho extranjero y su papel al interpretar el Derecho nacional, que es de gran importancia.

Seguidamente, y en el capítulo sexto, trataremos el problema del control constitucional del Derecho extranjero para que veamos de conformidad con qué constitución estima el juez el alcance de la constitucionalidad del Derecho extranjero que cita su competencia la norma del Dedecho In--ternacional Privado.

Finalmente, y para responder a los interrogantes que se plantean en torno a los impedimentos para la aplicación del Derecho extranjero, abordamos el estudio del orden público y el fraude a la ley, que serán objeto del contenido del capítulo séptimo.

CAPITULO V

La interpretación del  
Derecho Extranjero

## CAPITULO V

### Planteamiento General:

La palabra "interpretación" es ambigua. Puede emplearse en su sentido más amplio para indicar la actividad creadora de los jueces que, en el ejercicio de sus funciones, y en la medida que les está permitido, amplían, restringen o modifican la aplicación de una norma jurídica concretada en forma de ley.

Vamos a dar ahora a esta palabra su sentido más estricto, que designa un proceso distinto: el de la explicación que da el juez del significado de las palabras o frases contenidas en un Código o ley.

La técnica empleada a este fin no es la misma en todas las jurisdicciones y, por consiguiente, la materia es de vital importancia para nuestra disciplina. Asimismo sugiere uno de los problemas más difíciles en relación con el movimiento de Unificación del Derecho Privado. La Unificación del Derecho no quiere decir identidad de normas; si la unificación se realiza sin la existencia de principios de interpretación comunes, puede quedar solamente en el papel y convertirse en algo muerto que no tenga ninguna finalidad. (314)

Después de haber efectuado estas aclaraciones y precisiones, estamos en situación de darnos cuenta de la finalidad a que está destinada una disciplina legal de la in--

---

(314) Véase: H.C.Gutteridge, el Derecho Comparado, traducción española por Enrique Jardí, Barcelona, 1954, pág.159. Beutel, The Necessity of a New Technique of Interpreting the N.I.L., "Tulane L.R.", t. VI, pág. I.

- 304 -

terpretación. La primera cuestión que se presenta es la de intentar una valoración de las distintas técnicas utilizadas en los diversos sistemas de Derecho.

SECCION XIVCompetencia legislativa y Competencia jurisdiccionalValor preceptivo de las normassobre la InterpretaciónConcepto:

No está en nuestro ánimo hacer un estudio exhaustivo de los medios de interpretación de las normas jurídicas y las distintas teorías sobre los mismos. (315)

Nuestro estudio se limitará básicamente al análisis de si es o no derecho del juez interpretar el Derecho extranjero tal como lo hace en cuanto al suyo propio o, por el contrario existen restricciones para la interpretación del mismo, por las soluciones judiciales extranjeras y los principios generales dominantes en el Estado en el que él aplica su ley.

Caso de ser esto último, nos preguntamos cuál será - el alcance de esta restricción. Dicho de otra forma, analizaremos cuáles pueden ser los límites de su poder al interpretar las leyes extranjeras y qué poder de evaluación tiene sobre la legitimidad de las mismas.

Concentrar sobre la filosofía de la legislación, además de lo que la misma requiere para que la ley extranjera

---

(315) Véase: El tratado de Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2<sup>ème</sup> ed. t.I et II, Paris 1954. Manuel Albadalejo, Derecho Civil I, Vol. I, 4<sup>ª</sup> ed., 1975, pág. 129 y sigs.

conservar su carácter de extranjería, exige la adaptación de una solución que indique la necesidad de que el juez se restrinja a las soluciones judiciales y los principios generales prevalecientes en el Estado donde él aplica su ley, para no llegar a la derogación y quebrantar el contenido real de la misma, tal como lo ha determinado la jurisdicción extranjera, tomando siempre como guía los principios dominantes allí.

No cabe duda que al decir que el juez ha de ceñirse en la interpretación de la ley extranjera a dichas soluciones, hace que la diferencia entre la búsqueda del contenido de las normas jurídicas extranjeras y su interpretación, sea una diferencia puramente teórica, ya que el juez, al buscar la postura de la jurisprudencia extranjera, respecto a la interpretación de la norma aplicable, él en realidad, busca al mismo tiempo el contenido real de la misma, tal como está establecido por los principios generales allí. (316)

Si nos planteamos la necesidad de que el juez se remita, en su interpretación del Derecho extranjero, a los principios dominantes en el Estado en que aplica su ley, habremos de colegir que someterá la calificación jurídica del hecho objeto de litigio a esa misma ley también.

No se trata de una pura lógica, pues necesita un estudio esclarecedor, ya que debemos distinguir entre la calificación anterior al cumplimiento de la norma de conexión y la calificación anterior a la aplicación de la ley extranjera que dicha norma ha invocado.

Pues, bien, la calificación anterior al cumplimiento

---

(316) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág. 242.

de la norma conflictual de derecho internacional privado - (norma de conexión) se considera como un asunto relativo a la interpretación de la misma. Por eso, la mayoría de la doctrina llegó a adoptar la teoría de "Bartin" al respecto, sometiendo por tanto la calificación a la ley del juez. - (317)

Esta es también la solución adoptada por el legislador egipcio en virtud del Art. 10 de su Código Civil.

El legislador nacional cuando decida, por ejemplo, - la remisión de cuestiones como el estado civil y la capacidad, a la ley del Estado al que pertenece la nacionalidad de la persona, el juez deberá interpretar, primeramente, - la noción del Estado Civil o la noción de la capacidad antes de aplicar la norma de conexión.

Tal aplicación será siempre acorde con la ley del juez. Pero, en el supuesto de que el juez, terminada su calificación preliminar del hecho del proceso y en cumplimiento de la norma nacional de conexión que le indica la aplicación de una determinada ley extranjera, habrá de relacionar todas las calificaciones posteriores, que él con-

---

( 317) Véase: Maury, Régles générales de conflicts de lois, ob. cit. pág. 69; Batiffol, Traité, pág 341; Shams Eddin el-Wakil, Apuntes sobre el Derecho Internacional Privado, cit en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 355. Se observa que "Bartin" no ha establecido su hipótesis sobre la base de la sumisión de la calificación a la ley del juez, sino la ha sostenido sobre la noción de la soberanía. El legislador nacional, permitiéndole la aplicación de las leyes extranjeras en su territorio no es más que una renuncia de una parte de su soberanía; parece natural que esta suma de la renuncia se determine por la remisión a la propia ley extranjera. Martin, ob. cit. pág 228 y sig. El pensamiento contemporáneo ha abandonado esta justificación "que ha dejado de ser ajustada al pensamiento jurídico moderno" Shams Eddin el-Wakil, ob. cit. pág 39. Véase Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 355.



sidere en preparación de la aplicación de la ley extranjera competente, con la interpretación de esta última y las someterá por tanto, a los principios dominantes en ella.

"Si se trata de un proceso que guarda relación con la pretensión de un derecho en una herencia, la ley del juez determinará si el conflicto entra o no dentro de la noción de herencia. Si con ello llegase ésta a determinarla y quedase aplicada la norma de conexión que invoca la aplicación de la ley del Estado al que pertenece el heredero, se remitirá, entonces, a esa ley para calificar quiénes son los herederos, o cuándo será válido un matrimonio, por ejemplo, o si un niño es o no legítimo." (318)

En resumen, la obligación del juez de seguir las soluciones judiciales predominantes en el Estado en el que él mismo aplica su ley, guarda relación - en el ámbito de la calificación - con lo que podríamos llamar las calificaciones posteriores que anticipan la aplicación de la ley extranjera competente y siguen el cumplimiento de la norma nacional de conexión.

---

(318) Véase: Shams Eddin el-Wakil, ob. cit. pág 40

Desarrollo:

Supuesto ya el conocimiento de la ley extranjera, procede ahora determinar el criterio para interpretarla. Este criterio ha de buscarse en la ley extranjera declarada competente, ya que, en definitiva, se trata de saber lo que - aquél legislador quiso decir la redactar sus preceptos.

Ninguna duda ofrece este problema cuando el legisla-  
dor mismo ha dictado normas interpretativas o cuando el De  
recho que se ha de aplicar es consuetudinario o jurisprudencial, como en gran parte ocurre con el "Common Law" inglés, y la cuestión está ya resuelta en las sentencias de los tribunales encargados de precisarlo y definirlo.

El problema surge cuando no existe una interpreta- -  
ción auténtica de parte de los órganos legislativos o judiciales con potestad para definir el significado y alcance de una norma legal o consuetudinaria.

¿Qué criterio deberá entonces prevalecer? ¿El segu-  
do generalmente en la nación a que la norma pertenece o el que, objetivamente, y según su leal saber y entender, a la vista de la legislación extranjera, considere procedente - el juez encargado de aplicarla, sin pararse a considerar - el sentido que la den en el país de origen?.

Messí, contesta a este interrogante. Para el jurista español "parece preferible atenerse a la interpretación - que la ley reciba en su propio Estado, ya que ella reflejará el auténtico espíritu del legislador y, sobre todo, ser

virá más adecuadamente la necesidad social a que la norma responde". (319)

De otra parte, si la manera de entender la ley extranjera no aparece inequívocamente clara en la nación de origen y suscita polémicas doctrinales entre los juriscónsultos o diversidad en las sentencias, el juez deberá interpretarla objetivamente, conforme a su propio criterio.

Esto nos lleva al problema de si existe una base común sobre la que se funda la interpretación en todos los sistemas de Derecho. la pregunta no admite una respuesta inmediata.

Hasta cierto punto, los jueces adoptan métodos que son idénticos, ya que tienen en cuenta la intención del legislador como factor esencial.

Si el texto de la ley es de una tal claridad que revela fácilmente aquella intención, el juez debe aceptar las palabras tal como son, incluso en el caso de que el precepto no coincida con sus propios puntos de vista sobre el asunto.

Además, los jueces deben considerar la ley como un

---

(319) El profesor Messí da como ejemplo a este propósito, y como caso típico, el de "un testamento otorgado por una señora belga en Francia, cuya validez fue impugnada en consideración a que la jurisprudencia francesa interpreta el artículo 970, común al Código civil francés y al belga, en el sentido de anular los testamentos con fecha errónea. El tribunal francés que entendió en aquél caso se atuvo, sin embargo, al criterio del testamento, con lo que respetó la voluntad presunta de la testadora y la interpretación auténtica de aquella norma en Bélgica". Véase: José Yanguas Messía, Derecho Internacional Privado, Parte General, 3ª ed., Madrid, 1971, pág 387 y sig.

todo y pueden prescindir del texto si la interpretación gramatical les condujese al absurdo o a una solución totalmente inadmisible.

Es algo difícil generalizar en una cuestión tan complicada como ésta, pero como quiera que nosotros buscamos dar una visión de conjunto del problema, quizá podremos intentar un breve resumen de la posición de los sistemas jurídicos continentales en lo que respecta a la función judicial de la interpretación de las leyes.

La Ley, ya sea en forma de Código ya en forma de otra ley modificativa, puede originar dificultades de interpretación de maneras distintas. El precepto puede ser imperfecto en el sentido de que no resuelva o solamente resuelva en parte las circunstancias a las que es aplicable "a priori".

En este caso, el juez debe determinar si el legislador no ha previsto expresamente el caso o si se trata de un descuido.

Si parece que la ley no dice nada sobre el particular porque el legislador no ha querido pronunciarse, intencionadamente, el juez debe apartarse de la ley y buscar otro precepto aplicable a la materia.

Si la omisión es involuntaria, entonces el juez debe superar la deficiencia, pudiendo razonar por analogía respecto a otros preceptos contenidos en el mismo Código o ley. (320)

---

(320) Véase: Schuster, The Principles of German Civil Law, 1907, pág 11.

Asimismo pueden presentarse otros problemas, debido a la existencia de dos o más leyes contrapuestas, en cuyo caso la ley general debe ceder a la ley especial, y si hay alguna "antinomia" y el juez se encuentra en un callejón sin salida, los preceptos contrapuestos deben considerarse que se anulan mutuamente.

Finalmente, y esto es lo más normal, pueden surgir dificultades de interpretación, debido a que el texto de la ley esté mal redactado y su significado sea ambiguo. El juez, entonces, puede recurrir a los orígenes históricos del precepto; consultando los diarios del origen legislativo, incluyendo los debates parlamentarios que precedieron a la promulgación de la misma para determinar la intención del legislador. (321)

La posible influencia de los conceptos nacionales de Derecho en la interpretación de las leyes internacionales:

Es otro problema de excepcional importancia, ya que las leyes uniformes surgen de la necesidad de abolir las diferencias jurídicas nacionales. Es, por tanto, natural que un juez, al aplicar una ley de este tipo, examine su texto, dejándose influir lo menos posible por consideraciones derivadas de su propio Derecho.

Este es un principio que se aplica en todos los sistemas para interpretar las leyes muertas, aunque se puede recurrir al Derecho preexistente para disipar ambigüedades.

---

(321) Véase: Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 12 ed., t. I, 1932, pág 219.

La aplicación de esta norma a la legislación interna  
cional no es del todo fácil. (322)

Ante todo, es esencial que el juez haga abstracción de cualquier consideración sobre los efectos que pueda tener esta ley internacional en su sistema y que aplique la ley internacional tal como se le presenta. Pero si su texto es ambiguo, es natural que pueda consultar otras normas, no sólo de su propio Derecho, sino de los demás que hayan influido en la formación de aquel precepto internacional.

Si se prohíbe este método, que implica una investigación de las intenciones del legislador, es difícil que el juez pueda percatarse de las diferencias existentes entre las leyes internas o nacionales y las internacionales que las han de abolir o substituir y comprender las soluciones que pueden adoptarse para conseguir aquellas finalidades.

Según destaca Gutteridge "El Tribunal Permanente de Justicia Internacional no ha vacilado en acudir, para aclarar el texto, a las negociaciones y proyectos preliminares del Tratado de Lausanne" y añade "si el juez nacional, - cuando lee la ley internacional, tiene en mente su sistema, puede incurrir con facilidad en errores de interpretación que malogren por completo los efectos de la unificación". (323)

---

(322) Véase: M. Ollivier Jallu, Codification of Private - International Law, "Canadian Bar Review", vol. XI, 1932, - pág 25.

(323) Véase: H.C.Gutteridge, ob. cit. pág 175.

ALCANCE DE LA DISTINCION ENTRE  
EL PAPEL DEL JUEZ CUANDO INTERPRETA LA LEY EXTRANJERA  
Y EL QUE TIENE CUANDO INTERPRETA LA LEY NACIONAL

La filosofía de la legislación exige la limitación del juez por la interpretación judicial preponderante en el Estado - en que él aplica su ley.

Algunos opinan que no existe diferencia ninguna entre la postura del juez cuando interpreta las leyes extranjeras y cuando se trata de la ley nacional. En ambos casos, busca la voluntad del legislador y lo que éste pretende inspirar en las normas que ha establecido, teniendo en cuenta las reglas de justicia de conformidad con las circunstancias preva-  
lecientes en el Estado del juez.

Sin embargo, el juez debiera tener en consideración, al interpretar las leyes extranjeras, las opiniones dominantes en la doctrina y la jurisprudencia extranjera, aún a pesar de no estar obligado a aplicarla, pues como él ejerce la justicia lo hace en nombre del Estado al que pertenece y bajo la responsabilidad de este mismo Estado. (324)

Los partidarios de esta hipótesis no admiten la restricción del poder del juez sobre las soluciones judiciales dominantes en el extranjero salvo en los casos en que la ju

---

(324) Véase: El comentario de Pillet en Clunet, 1894, pág 155; el mismo, Principes du droit international privé, Paris, 1903, t. I, pág 85; Micard, Le rôle du juge dans l'application des lois étrangères, Thèse, Paris, 1907, pág 35, Barb.

jurisprudencia se considere como fuente del Derecho en el Estado en que él aplica su ley. (325)

Si la ley aplicable fuese la inglesa, con arreglo a la norma nacional de conexión, sería natural que el juez a cudiera a las sentencias dictadas allá, ya que los precedentes judiciales están a punto de ser la única fuente de Derecho inglés.

Nosotros, no podemos admitir dicha hipótesis; antes al contrario, vemos que la ley extranjera debe ser interpretada de la misma manera que se interpreta en el extranjero; es decir, el juez debe siempre adaptar las soluciones judiciales dominantes en el Estado en el que está aplicando su ley, incluso en el caso de que la jurisprudencia no fuese allí una fuente principal de las normas jurídicas.

El legislador nacional atiende a solucionar los conflictos privados de índole internacional en virtud de las normas del Derecho extranjero competente, y la filosofía de la legislación no se patentiza salvo en caso de que el juez se obligue, en su interpretación del Derecho extranjero, a seguir las soluciones judiciales prevalencientes en el Estado en que él aplica su ley.

Ya que la norma extranjera no se forma solamente por el conjunto de los preceptos legislativos y de los principios generales y absolutos, sino que su contenido real se forma del conjunto de estos principios tal como son realmente aplicados en el Estado extranjero.

Nosotros no podemos separar el texto jurídico aplica

---

(325) Véase: Carbonnier, *Loi étrangère et jurisprudence étrangère*, en *Clunet*, 1935, pág 473.



ble del conjunto de los principios y soluciones dominantes en la sociedad donde éste se aplica. Así pues, la restricción del juez nacional en la interpretación, en base a las soluciones dadas en el extranjero, constituiría un deber - que le impondría la filosofía del legislador que pretenda realizar conforme a las normas nacionales de conexión.

El Tribunal Internacional de La Haya, en este sentido, ha fallado que es preciso tomar en consideración la interpretación judicial prevaleciente en el Estado en el que el Tribunal está aplicando su ley sobre los hechos del litigio expuestos ante él.

Ya que el Tribunal Internacional, al remitirse a la jurisdicción interna del Estado, obliga a que las circunstancias del litigio muestren la necesidad de aplicar su ley, facilitará a aquél la delimitación de las normas aplicadas de hecho, en este Estado, sin arriesgarse a aplicar una ley que no sea la dominante en realidad en este Estado, lo que al fin y al cabo, chocaría contra el objetivo que se busca al aplicar las leyes internas en estos casos. - (326)

Por eso, nosotros rechazamos adoptar las teorías italianas de recepción que pretendan demostrar que la norma de conexión es una norma vacía de contenido sujeta al tenor de las leyes extranjeras a que aquella remite su competencia.

---

(326) Véase: Las sentencias del Tribunal Internacional de La Haya, con fecha del 12.7.1929 en Clunet, 1929, pág 967 y sigs. Véase en particular, Stall, L'application et l'interprétation du dr. interne par les juridictions internationales, Bruxelles, 1961, pág 205 y sigs.

Esta postura trae consigo que el juez aplicará al proceso la misma norma de conexión que venga a ser una norma material cuyo contenido se asemejará con el contenido de las normas extranjeras a las que esa remite su competencia, lo que quiere decir que los componentes de las leyes extranjeras se fundan "en el recipiente del Derecho nacional y se convierten en una parte del mismo". (327)

Algunos, en Francia, se han dejado influir por esta teoría, al haberse decidido a opinar que el juez francés no quedaba obligado por la interpretación de la jurisdicción extranjera de la ley a que las normas de conexión remitieran su competencia, sino a la interpretación según la apreciación personal suya; porque la ley extranjera ha encajado en este caso, dentro del marco del ordenamiento francés, llegando a ser una parte del mismo. (328)

No cabe duda que este resultado choca con el objeto al que el legislador tiende al regular las normas del conflicto de leyes, es decir, con la aplicación del Derecho extranjero de la misma manera que se aplica en el extranjero lo que exige la necesidad de restringir las facultades del juez por la interpretación dominante en la jurisdicción extranjera, para conservar su calidad de extranjería y para que no separemos la ley aplicable de las circunstancias sociales y económicas donde se ha ido formando. (329)

---

(327) Véase: Shams Eddin el-Wakil, ob. cit. pág 29; Maury, ob. cit. núm 52 y sigs.

(328) Véase: Barb, ob. cit. pág 141; Vabres, L'evolution de la jurisprudence française en matière de conflict de lois, Thèse, Paris, 1905, pág 556.

(329) Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 361.

Por eso, la doctrina en la mayoría de los Estados del mundo, ha apoyado esta solución exigida por las consideraciones de la justicia y conveniencia, con independencia de la naturaleza jurídica ante la jurisdicción nacional o, por el contrario, se considera como un mero elemento de los hechos. (330)

Los tribunales franceses han comprendido bien esta realidad; la mayoría de su jurisprudencia ha establecido el deber de que el juez se restrinja en su interpretación judicial dominante en el Estado en que se aplica su ley. (331)

No cambia en nada que el texto de la ley extranjera aplicable sea concordante con aquel que rige el proceso en el Derecho nacional; en este caso, el juez debe ser obligado por la interpretación judicial prevaleciente en el Estado en el que él aplica su ley. (332)

La concordancia del precepto legislativo extranjero, (el que rige el conflicto) con el nacional correspondiente a la ley del juez, no niega la realidad de hecho de que am

---

(330) Entre los que apoyan esta corriente: Valéry, Manuel de droit international privé, Paris, 1914, pág 603; Boquel, De l'office du juge en matière d'application des lois étrangères, Thèse, Nancy, 1923, pág 63 y sig; Maury, Règles générales de conflicts de lois, ob.cit. pág 392 y sigs. - Batiffol, Traité élémentaire, ob. cit. núm 329 Aspects philosophiques, ob. cit. pág 113; Vouilloz, ob. cit. pág 76 y 77, y Wolff, ob. cit. núm 205.

(331) Véase: La sentencia del Tribunal de Seine, de 17.10.1956 en J.C.P., 1956 t. II, pág 9688 con el comentario de Bellet, El Tribunal de Paris, sentencia de 16, mayo, 1960 en Clunet, 1961, pág 762 con el comentario de Siabelli.

(332) Véase: La sentencia del Tribunal Douai de 1901 en Clunet, 1901, pág 810 y de 2.11.1933 en Rev. Crit. 1935, pág 136 con el comentario de Caleb. Véase también la opinión contraria en la sentencia del Tribunal de Nancy, de 14.11.1894 en Clunet, 1895, pág 796.

bos preceptos pertenecen a un ordenamiento jurídico distinto en lo que se refiere a las circunstancias históricas y sociales; lo que resulta difícil decir es que exista una semejanza en el contenido real de los mismos, un contenido que se formó con la influencia de las circunstancias sociales dominantes en ambos países. (333)

Ya veremos después que ésta realidad ha empujado la jurisprudencia moderna a imaginar la existencia de conflicto entre las leyes unificadas en conformidad con tratados internacionales.

Creemos, con algunos, que los tribunales de Egipto han adoptado esa misma actitud, ya que el Tribunal de Casación de Egipto ha estimado, en su sentencia del 8 de enero de 1953 (334), la impugnación presentada por una mujer casada de nacionalidad francesa. El tribunal de la Causa, había fallado aceptando divorciarla de su esposo francés, en virtud de unas cartas que presentó éste contra su mujer, al ser comprobada una relación de ésta con un tercero. Pese a que la esposa suplicó que el marido había podido conseguir estas cartas por medios ilegítimos y después de haber forzado cajones particulares de la misma en su ausencia, no obstante, el Tribunal de la causa ha justificado el rechazo de las alegaciones de la esposa al respecto, por el hecho de que "sin importar cuál sea el medio del que se valga el otro cónyuge para conseguir dichas cartas como prueba, éstas tendrán su valor en tal litigio".

El Tribunal de Casación de Egipto ha casado la decisión del Tribunal de la Causa ya que "Se quebranta lo esta

---

(333) Véase: Mustafá Kamal Yassine, ob. cit. pág 580 y sig.

(334) Véase: Colección del Tribunal de Casación de Egipto, año 4º, núm 50, pág 349

blecido por la doctrina y la jurisprudencia en Francia de que las cartas privadas intercambiadas entre el cónyuge y terceros, aunque en principio no puedan ser sostenidas sin el permiso del destinatario, en los juicios de adulterio, divorcio o separación, puede excepcionalmente el demandante someterlas a prueba a condición de que las hubiera conseguido por medios legítimos".

Por consiguiente, el Tribunal de Casación de Egipto se ha apoyado en esta interpretación de los artículos del Derecho francés y con lo establecido por la jurisdicción allí.

El mismo Tribunal de Casación ha confirmado este sentido en su sentencia del 17 de junio de 1954 (335) cuando estableció que "se considera como injuria grave que justifica la demanda de divorcio en virtud del art. 232 del Código Civil francés revisado por el Decreto de 12, abril, - 1945, que el Tribunal de Casación de Francia ha repetido - en sus sentencias que entre en la competencia exclusiva - del Tribunal de la Causa sin revisión alguna por parte de aquél".

No cabe duda de que la legitimidad de este resultado del Tribunal de Casación de Egipto, porque es una obligación que los tribunales hayan de restringirse las soluciones judiciales dominantes en el Estado en que se aplica su ley.

Pero, el interrogante es: ¿se quebranta dicha corriente judicial - tanto en Francia como en Egipto - con -

---

(335) Véase: Colección del Tribunal de Casación de Egipto, año 5º, núm 147, pág 961.

la naturaleza jurídica del Derecho extranjero?. Dicho de otro modo, ¿se considera la restricción del juez ante la interpretación de la jurisdicción extranjera como algo que pueda matizar el carácter de hecho del Derecho extranjero frente a la jurisdicción nacional?.

La obligación del juez de someterse a la interpretación dominante en el extranjero no niega la naturaleza jurídica de ese Derecho extranjero:

Batiffol opina que fue establecido por la mayoría de la jurisprudencia en Francia el deber de adoptar la interpretación prevaleciente en la jurisdicción extranjera del Derecho extranjero aplicable, de conformidad con las normas nacionales del conflicto, lo que se considera como signo del carácter de hecho de ese Derecho ante la jurisdicción nacional.

Para Batiffol, el juez al aportar las soluciones judiciales dominantes en el extranjero, desempeña un papel similar al del "agente social" el cuál registra las cosas tal como están, sin tener el oficio de decidir sobre las mismas no como deben o no deben ser. (336)

---

(336) Véase: Batiffol, Aspects philosophiques, ob. cit. - pág 105. Véase también, Shams Eddin el-wakil, ob. cit. pág 43. Goldschmidt, Système et philosophie du droit inter, - privé en Rev. Crit. 1955, pág 639 y sig., 1956, pág 21 y - sigs. 223 y sigs. pues él al aplicar su teoría de "L'usage juridique" ve que el oficio del juez nacional se limita a imitar la posible sentencia del Derecho extranjero en lo relativo al hecho objeto de litigio. Si el juez nacional participa en la constitución de su ley, se limita -en cuanto al Derecho extranjero- a aportar las soluciones judiciales dominantes en el Estado donde ésta exista, y da como ej. el papel del fotógrafo, que no hace más que reflejar la foto existente ante él. (Rev. Crit. 1956, pág 231 y sig)

Husham Ali Sadig ha criticado el análisis del Profesor Batiffol pese a la sagacidad del mismo. Para el profesor egipcio, este análisis carece de fundamento. Batiffol, dice, ha confundido "el hecho" en el sentido amplio y general del término, y el concepto "los hechos" tal como está considerado en el lenguaje técnico de las ciencias jurídicas.

Se distingue, por lo general, dentro del marco de la configuración técnica, entre el "hecho" y el "derecho", - por la gran trascendencia que tiene esta distinción al delimitar el papel desempeñado tanto por el juez como por - las partes en el proceso, o en dibujar los límites de la - competencia del Tribunal Supremo.

La diferencia entre el hecho y el derecho se delimita por una definición de las peculiaridades generales de - la norma jurídica que es una norma general y absoluta y - que contiene elementos de obligación y preceptación; considerando así, todo lo que no reúne estas características, - como un hecho. (337)

La norma jurídica siempre contiene un mandato que expresa lo que debe ser, mientras que los hechos no son más que una expresión de una realidad que ya existe. (338)

Por eso, adoptar el sentido general del término "hecho" implicaría incluir en su concepto -además del "hecho" tal como lo hemos delimitado- las normas jurídicas, en su calidad de expresión de lo que ya existe en una determinada sociedad.

---

(337) Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 365 y sig. en especial margen pág. 365.

(338) Véase: Samir Tanago, De l'obligation judiciaire, cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 366.

De ahí deriva la conclusión de que el Derecho -sea - nacional o extranjero- es una expresión de la realidad social. (339)

Si nos concentramos sobre la distinción entre el hecho y el derecho en la configuración técnica, deberíamos, entonces, decir, que la norma aplicable en el proceso -nacional o extranjera- debería ser considerada sin duda como una ley y no como un elemento de hecho, siempre que reúna las peculiaridades de la norma jurídica. Ya que siempre - contiene, en todos los casos, un mandato de lo que debe - ser.

Por ende, al decir que el Derecho extranjero se considera como hecho para el juez nacional, basándose en que éste último aporta lo que existe en el extranjero, nos encontraríamos - como dice Batiffol - ante una mezcla del - concepto más amplio del sentido de los hechos y el sentido de los mismos en la configuración técnica. (340)

De ahí surge la equivocación de considerar el Derecho extranjero como un hecho en el proceso y el juez, al - adoptar las soluciones judiciales extranjeras aplica el Derecho extranjero tal como existe en el extranjero, o sea, "lo que debe ser" en el Estado en que él aplica su ley. - (341)

De otro lado, la restricción del juez en base a las soluciones existentes en el extranjero, no restringe su pa

---

(339) Véase: Mustafá Kamil Yassine, ob. cit. pág 511.

(340) Véase: Mustafá Kamil Yassine, ob. cit. pág 140.

(341) Véase: Zajtay, ob. cit. pág. 29; Vouilloz, ob. cit. pág 81.



pel en la interpretación del Derecho extranjero al de un mero portador de estas soluciones que no tiene misión que imitar las posibles sentencias extranjeras, tal y como dice Goldschmidt en su teoría "Théorie de l'usage juridique étrangère" (342), ya que al parecer el Profesor Batiffol ha sido influenciado por ella, al exponer su tesis, según hemos mostrado anteriormente.

Por otra parte, la norma judicial no está formada por un solo mandato de la jurisdicción extranjera, sino que se deduce del conjunto de las sentencias establecidas en lo relativo a un determinado asunto. (343)

De ahí, y con objeto de que el juez nacional deduzca las soluciones judiciales establecidas para la interpretación de la norma extranjera aplicable, que el mismo no se reduzca a repetir lo que había fallado la jurisdicción extranjera en un caso real semejante, lo que daría la razón a Goldschmidt (344), sino que el juez, en realidad, acude a la norma judicial que han formado los tribunales extran-

---

(342) Véase: Goldschmidt, ob. cit. pág 230 y sigs.

(343) Sería distinto si el juez aplicara un Derecho extranjero que admitiese el sistema de los precedentes judiciales, tal como es el caso del sistema anglosajón donde la sentencia solitaria por sí misma se considera incluyendo la regla que ha de seguir. En este supuesto, también el papel del juez no desaparece completamente, ya que el precedente judicial se someterá a su vez a la interpretación para ver el alcance de su aplicabilidad a los hechos del proceso. De otra parte, la restricción del juez por los precedentes, no hace de su papel de interpretar el Derecho extranjero algo contrario al papel de la jurisdicción extranjera misma cuando interpreta su ley, ya que este último se obliga a su vez por los precedentes judiciales en tanto en cuanto fueron dictados por un tribunal de igual o superior instancia a aquél donde se ha expuesto el proceso ante él.

(344) Véase: Goldschmidt, ob. cit. pág 231.

jeros referente a todos los casos similares. Esto es, ins-  
ta la mera norma deducida del conjunto de las sentencias -  
judiciales referente al tema objeto de la investigación. -  
(345)

No cabe duda que el papel del juez cuando interpreta  
el Derecho extranjero, se aproxima en mayor medida al que  
desarrolla cuando interpreta preceptos jurídicos en gene--  
ral, ya que en ambos casos, interpreta una norma general -  
absoluta evaluando el alcance de su aplicabilidad sobre -  
los hechos del litigio en cuestión. Así pues, la diferen--  
cia en ambos casos es una diferencia de grado y no de natu-  
raleza. (346)

De igual manera, la misión del juez al interpretar -  
su ley no se distingue mucho, como ya veremos, de la que -  
el juez tiene cuando prácticamente se limita a interpretar  
las normas del Derecho patrio por las repetidas y estable-  
cidas sentencias en su Estado (el Estado del juez), y so-  
bre todo cuando en el texto aplicable en el proceso haya -  
tomado el Tribunal Supremo una postura estable referente a  
la interpretación del mismo. (347)

De otro lado, el juez podrá gozar de amplia libertad  
al interpretar los preceptos extranjeros en los casos en -  
que le parezca que existe una contradicción entre los tri-  
bunales extranjeros sobre el verdadero contenido de los -  
mismos y la no estabilidad de una interpretación determina

---

(345) Véase: Zajtay, ob. cit. pág 28.

(346) Véase: Maury, ob. cit. pág 391.

(347) Véase: Carbonnier, ob. cit. pág 478 y sig.; Salomé  
Les pouvoirs de contrôle de la Cour de Cassation en matiè-  
re de conflicts de lois, Thèse, Lille, 1938, pág 81 y sig.

da, como veremos más adelante.

En resumen, la restricción del poder del juez para interpretar el Derecho extranjero por medio de las soluciones existentes en el extranjero, no quebranta la naturaleza jurídica de este Derecho, sino que responde a su carácter de extranjería y a la filosofía a que ha atendido el legislador tras la regulación del conflicto de leyes en el ordenamiento jurídico de su Estado.

La adopción de soluciones judiciales extranjeras dictadas para la interpretación del Derecho Aplicable responde al poder real de la jurisdicción para formar sus normas:

Se puede oponer a la hipótesis que sostenemos que el juez nacional encuentra restricciones en las soluciones judiciales extranjeras, en los casos en los cuales la jurisdicción no se considera como fuente principal del Derecho en el Estado en que aplica su ley, por el hecho de que nuestra hipótesis otorga a la jurisdicción extranjera una facultad que no posee en su Estado. Si el propio juez extranjero no se restringe en la interpretación de la norma jurídica por las soluciones existentes en su Estado, ¿cómo le vamos a obligar al juez nacional a seguir estas soluciones?. Si la filosofía de la legislación exige la aplicación del Derecho extranjero tal como se aplica en su Estado, ¿cómo podemos dar a esa jurisprudencia una legitimidad que realmente no posee?. Al obligar al juez nacional a guiarse por un sistema determinado al interpretar el Derecho extranjero, cuando la propia jurisprudencia en el extranjero no se obliga a ello, ¿no quebranta esto la filosofía de la legislación tal como la hemos determinado?

A nuestro modo de entender, esta objeción no es decisiva, como pudiera parecer a primera vista, ya que las soluciones judiciales estables se consideran, en realidad, como fuente de la norma jurídica, aunque no se les haya reconocido este papel oficialmente.

Además, la jurisprudencia considera la norma jurídica como una fuente interpretativa, de modo que goza de un poder de eficacia real, que nadie le puede negar.

La jurisprudencia estable se considera como fuente de la norma jurídica:

La jurisprudencia, en realidad, se considera como - fuente del Derecho, incluso en los países que no lo han es- timado así oficialmente, aunque lo haya hecho la doctrina tradicional prevaleciente. Los Estados donde rige el Dere- cho escrito, han insistido en que la jurisprudencia no - crea la ley (348) sino se considera como una fuente inter- pretativa de las normas jurídicas. No obstante, la doctri- na moderna se inclina a reconocer a la jurisprudencia como una de las fuentes del Derecho. (349)

Cuando hablamos de la jurisprudencia, no queremos re- ferirnos a las sentencias dictadas en un determinado jui- cio, sino al conjunto de los principios generales y las so- luciones repetidas hasta establecerlo.

No cabe duda de que la adopción por el Tribunal Su- premo de estos principios, casa todas las sentencias que - los contradigan, lo que conduce a establecer la necesidad de que estas soluciones posean un carácter general y abso- luto... y no carezcan del elemento de la obligatoriedad, - ya que todo el mundo aprecia su autoridad al saber que los

---

(348) Véase: Geny, *Méthode d'interprétation et sources en - droit privé positif*. Zeme ed. t.II, Paris, 1954, pág 33 y sig; Carbonnier, *Droit civil*, Tome I, Paris, 1964, pág 108; Shams Eddin el-wakil, *La teoría general del Derecho*, ob. - cit. pág 286 y sig.

(349) Véase: Maury, *Observations sur la jurisprudence en - tant que source du droit en Etude* Ripert, Tome I, Paris, - 1950, pág 28 y sig; Dupeyroux, *La jurisprudence source abu- sive de droit*, *Mélanges Maury*, Tome II, Paris, 1960, pág - 357 y sig; Hauriou, *Police juridique et fond du droit*. *Re- vue Trimestrielle de droit civil*, 1926, pág 256 y sig.

tribunales tienen establecido fallar en conformidad con esta jurisprudencia, la cual es matizada con el carácter jurídico. (350)

La posibilidad de que se cambie la norma jurídica - que no sea aplicada por los jueces, hará perder a ésta su carácter de continuidad, ya que no se consume por su aplicación en un caso determinado; su existencia es independiente de las veces que se aplique, y lo mismo en cuanto a la legislación que puede ser enmendada o cambiar en cualquier momento. (351)

Por lo dicho, es preciso distinguir entre la sentencia y la jurisprudencia.

La primera podría establecer la solución que ha de seguir en caso de que no existiera un precepto legal que rijan el conflicto expuesto ante el tribunal; no obstante, esta solución consigue un efecto relativo, y no incluye por tanto una norma general aplicable a los casos similares.

La jurisprudencia se forma con las repetidas soluciones y con la mención de los tribunales de sus antecedentes, y a toda la generalidad y continuidad de estos límites se puede hablar de que lo que llegarán a establecer los tribunales incluye una norma jurídica judicial.

---

(350) Véase: Maury, ob. cit. pág 31; Chrétien, Les règles de droit d'origine juridictionnelle. Thèse, Lille, 1936, pág 29 y sig.

(351) Véase: Chrétien, ob. cit. pág 111.

El juez formará normas en el caso de que se silen- -  
cien los textos o costumbres sobre un caso determinado, ya  
que se ve obligado a dar una solución al conflicto expues-  
to ante él para no provocar injusticia. Al hacerlo bajo la  
cortina de los principios generales o las reglas del Dere-  
cho natural, no hace más que establecer, en realidad, la -  
solución que él ve justa, y legítima en virtud de las cir-  
cunstancias y acontecimientos de la sociedad donde él vive.  
(352)

Después de todo esto y al observar que los tribuna--  
les dan soluciones en sucesivas veces, ¿cómo puede decirse  
que la jurisprudencia no es fuente de la norma jurídica? -  
(353)

La tesis que acabamos de defender, trae consigo un -  
resultado de gran envergadura, sobre todo en el ámbito de  
la aplicación del Derecho extranjero.

---

(352) Véase: Marty et Raynaud, *Traité de droit civil*, Tome  
I, Paris, 1961, pág 204. Se observa que el legislador egip-  
cio se ha ocupado expresamente en virtud del art. 2 del Cód-  
igo civil, de la solución que ha de seguir en caso de que  
se silencien los textos legales, la costumbre y las normas  
de la doctrina musulmana en dar decisión en el litigio en  
cuestión, cuando se remitió al juez a los principios del -  
Derecho natural y las reglas de justicia. Esto demuestra -  
un expreso reconocimiento de la capacidad del juez para -  
crear la solución de seguir; además el reenvío a las nor--  
mas del Derecho natural se considera supeditado al permiso  
del juez de inventar la solución adecuada.

(353) Véase: Es cierto que la solución que el juez puede -  
dar, puede que no posea los caracteres de generalidad y o-  
bligatoriedad, sino que se limite al caso concreto, pero,  
no obstante, si los tribunales en lo sucesivo han adaptado  
tal solución -lo que le confiere caracteres de generalidad  
e imparcialidad- no veremos el porqué de la insistencia en  
negar el carácter jurídico de la norma deducida del conjun-  
to de todas estas soluciones.

Ya que la obligación del juez de ceñirse a las soluciones judiciales existentes en el Estado en que él aplica su ley - de acuerdo con el tenor de nuestra hipótesis - no es más que un reconocimiento de un hecho real, a saber: que la jurisprudencia estable se considera como verdadera fuente de la norma jurídica incluso en los Estados donde no se le reconoce esta eficacia, oficialmente.

Por tanto, el papel del juez cuando interpreta el Derecho extranjero, no varía del que detenta cuando interpreta el suyo propio.

Sin embargo, esta distinción entre dichos supuestos tiene importancia: si el juez puede infringir la jurisprudencia estable en su Estado en los casos en que le parezca que existe inadaptación de la misma al desarrollo social - existente, no es lo mismo que cuando se trate de una ley - extranjera, ya que el juez deberá abstenerse - como principio - de abordar el alcance de la conveniencia de las soluciones judiciales adoptadas fuera de su ámbito nacional.

La jurisprudencia estable se considera - al menos - como una fuente interpretativa importante:

El juez puede interpretar el precepto claro y determinado de modo contrario a su aparente sentido, respondiendo a las consideraciones de justicia y concordancia entre los preceptos y entre la evolución social y económica del Estado. Con estos límites se puede decir que la norma aplicada y la que han deducido los tribunales al tenor de la - interpretación de los preceptos, se consideran como una nueva norma distinta de aquella configurada por el legislador



originariamente. (354)

Quizá es esto lo que ha empujado a algunos a decir - que las normas jurídicas vigentes en el Estado, realmente se han formado de las diversas aplicaciones por los jueces. (355)

Ahora bien, si es cierto que la jurisprudencia estable no se considera como fuente principal de las normas jurídicas en muchos países, es también cierto que se considera como fuente real de hecho, es al menos imprescindible - remitirse a ella si queremos comprender la realidad de las normas vigentes en una sociedad determinada.

El juez nacional no puede entender el contenido real del Derecho extranjero si no se remite a la interpretación judicial dada al mismo en el extranjero. (356)

como algunos han establecido, acertadamente, el juez entiende bien al interpretar su ley, porque vive en la sociedad en la que la aplica y siente los problemas y necesidades de la misma. (357)

En cambio, no puede interpretar la ley extranjera - del mismo modo porque no está obligado a conocer las circunstancias de la sociedad donde aquella se aplica.

¿Cómo, entonces, puede el juez conocer el alcance -

---

(354) Véase: Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, - tome I, Paris, 1956, pág 105.

(355) Id.

(356) Véase: Valéry, ob. cit. pág 603 y 604.

(357) Véase: Barb, ob. cit. pág 136 y 137.

del precepto extranjero que guarde relación con el orden público para saber si las partes pueden excluirlo o no?.

No cabe duda que para conocer este problema se requiere un conocimiento de las circunstancias de la sociedad - donde se aplican dichas normas y un sentimiento completo - de las concepciones, en la misma cosa que el juez extranjero en absoluto, puede conocer; todo lo cual le exige al fin y al cabo, remitirse a la jurisprudencia extranjera - consultándola al respecto.

Ya que el juez nacional, al conocer tal problema por su propia mentalidad determinará la aplicación de sus propias concepciones nacionales, o sea solucionar el problema en virtud del orden público de su Estado, puede llegar a provocar la derogación del Derecho extranjero aplicable.

No hay, por tanto, porqué distinguir entre normas absolutas comprendidas en los preceptos legales, y el hecho social en el Estado donde dominan estas normas.

Si el juez quiere conocer de un litigio en virtud de las reglas y principios dominantes en el Estado, las normas del conflicto, le indicarán que para aplicar su ley debe remitirse necesariamente a la jurisdicción extranjera - con objeto de averiguar el verdadero contenido de las normas extranjeras tal y como están aplicadas realmente en el extranjero, para que así concuerden con la filosofía leja-

na de una regulación del conflicto de leyes en su Estado.  
(358)

El alcance de la obligación del juez de adaptar la interpretación de los tribunales extranjeros de los preceptos unificados con conformidad de tratados internacionales:

Tal vez la divergencia en el comportamiento de los tribunales al interpretar los textos legales, aunque sean uniformes en su contenido y configuración ha empujado a algunos a imaginar la existencia de conflictos entre las leyes unificadas en virtud de tratados internacionales si los tribunales han discrepado en cada uno de los países -

---

(358) Véase: Dolle, ob. cit. pág 244, El ve con certeza - si dejamos al juez el poder de la interpretación del Derecho extranjero como quiere sin hacerle pasar por la interpretación judicial prevaleciente en el extranjero, será - como si le hubieramos autorizado el derecho de infringir la norma nacional de "conexión" cuya remisión se convierte en una mera remisión imaginaria (irreal). Tal vez, estas mismas consideraciones que han impulsado al Tribunal de Cassation francés en su sentencia de 2, octubre, 1893 (Sirey, 1895, t. I, pág 449) a casar la sentencia del Tribunal de la Causa, por haberse negado a dar al litigante una prórroga para que trajera un dictamen del consejo de Estado Otomano, sentencia que ha alegado que la ley otomana no incluía un texto expreso que regulase el problema - en cuestión ( o sea la condición de la mujer extranjera, no musulmana, casada con un turco musulmán). No cabe duda de que el Tribunal de la Causa debiera haberle dado al litigante la necesaria prórroga para asegurarse de que la jurisdicción turca tiene por establecidas unas soluciones determinadas referidas al asunto objeto de litigio.

signatarios, en cuanto a su interpretación. (359)

Como ejemplo diremos que en el Derecho Internacional privado suele acudir al artículo 31/4 referente a la letra de cambio y pagaré, cuando los Estados firmantes han acordado entre sí adoptar esta normativa en sus respectivas leyes internas.

Dicho artículo se refiere a la obligatoriedad de hacer referencia a la persona a quién le fue otorgado el aval subsidiario. Si no se actuase así, se daría paso a la presunción de que el aval le fuese presentado al librador.

Tanto Francia como Alemania han cumplido con su obligación de conformidad con dicho tratado, ya que ambos Estados han incluido el contenido del citado artículo en sus respectivas leyes internas (art. 130 del Código de Comercio francés y art. 31/4 de la ley de letra de cambio en Alemania).

A pesar de la identidad de la configuración de dicho artículo 31/4 del convenio en ambos Estados, no obstante, ha habido divergencias entre los tribunales franceses y alemanes a la hora de afrontar la interpretación de este artículo. Los tribunales franceses, tras largas vacilaciones, llegaron a la conclusión de que la presunción del artículo anteriormente citado, no admite probar lo contrario; (360) en cambio, la jurisdicción puede admitir la evi

---

(359) Véase: Lagarde, Les interpretation divergentes d'une loi uniforme, donnent-elles lien à un conflict de loi? Rev. Crit. 1964, pág 235 y sig.

(360) Véase: Sentencia de 8, marzo, 1960, J.C.P., 1960, tomo II, pág 11616 con el comentario de Roblot; Dalloz, 1961, pág 208 con el comentario de Hamel; véase también, Husam - Ali Sadig, ob. cit. pág 388 y sig; Lagarde, ob. cit. pág - 236.

dencia contraria al contenido del precepto ya mencionado.  
(361)

Se provoca el interrogante de que, en caso de que el litigio expuesto ante los tribunales franceses incluyese, por ejemplo, un elemento extranjero que requiere la aplicación de la ley alemana (el citado art. 31/4) ¿Se obligaría al tribunal a la interpretación dada por la jurisdicción alemana o por el contrario, debería adoptar la interpretación dominante en Francia?

Puede saltar a la vista que la jurisdicción francesa no está obligada a adoptar la interpretación alemana del citado artículo, pues no es necesaria la aplicación de las normas conflictuales originariamente, ya que los tribunales franceses aplican, en realidad, el propio artículo del convenio en su calidad de obligación internacional. Aunque la solución ideal a esta situación es encontrar un ordenamiento judicial internacional que pueda imponer una interpretación al convenio, de acuerdo con la voluntad común de los Estados contratantes tal como es el caso del Tribunal de Justicia de los países de la Comunidad Económica Europea, no obstante, - y ante la ausencia de éste tipo de jurisdicción internacional - los tribunales no deben ceder de su autoridad para interpretar el tratado directamente.  
(362)

Sin embargo, hay que distinguir entre los siguientes supuestos: cuando se trate de un cambio bilateral entre los Estados, que implique preceptos para regir sus relacio

---

(361) Véase: Lagarde, ob. cit. pág 236

(362) Véase: La Sentencia del Tribunal de Cassation francesa de 25, febrero, 1947, Rev. Crit. 1947, pág 244, con el comentario de Niboyet.

nes bilaterales. Estos preceptos deben estar lejos del Derecho interno de ambos Estados, por consiguiente, los tribunales nacionales en ambos Estados, podrán interpretar el tratado directamente, y caso de que parezca una divergencia en la interpretación, ésta no podrá ser resuelta más - que por la vía diplomática.

En el segundo supuesto, cuando el tratado incluya - una "ley modelo", en espera de que cada uno de los Estados signatarios adapte sus normativas. Caso de que estos Estados admitiesen dicha norma, tendrán, a pesar de ello, el - derecho de enmendarla como quieran, ya que, originariamente, no han sido obligados a la admisión de sus normas.

Asimismo, los tribunales de estos Estados - en caso de que se admitieran las normas del tratado en su Estado - la interpretarán como quieran en su calidad de ley interna.

Además, si el proceso incluyese un elemento extranjero que requiriese la aplicación de una ley interna de otro de los Estados firmantes, que a su vez ha admitido la su-  
puesta ley del tratado, este supuesto se somete a la regulación nacional del conflicto de leyes en el Estado donde el litigio fue expuesto ante los tribunales, lo cuál exige la adaptación de la interpretación judicial de los tribunales del Estado, que aplique su ley de acuerdo con la tesis que hemos defendido.

Tal y como hemos expuesto, el Estado al firmar el - tratado, se ve obligado por el texto uniforme, lo cual caracteriza este texto con un matiz de acuerdo internacional, de una parte, y lo considera de otra parte - en caso de que los Estados signatarios lo hayan incorporado en sus ordenamientos internos - de carácter nacional, ya que constituye una parte del Derecho interno de estos Estados.

Como hemos visto, una parte de la doctrina se ha ocupado del carácter primero del texto, considerándolo internacional, con obligación de aplicarlo en todos los casos, de modo que su incorporación en el ordenamiento interno no sea más que una actuación puramente formal que no le niega su carácter internacional, con lo cual no hay porque aplicar las normas del conflicto de leyes respecto a él y los tribunales nacionales podrán interpretarlo tal y como les parezca, (363) en tanto no se cree la jurisdicción internacional encargada de unificar interpretaciones como hemos dicho anteriormente.

Esta opinión ignora o, mejor dicho, niega el hecho - de que la posibilidad de divergencia entre los tribunales de los Estados contratantes al interpretar el texto uniforme, restándole cualquier índole legítimo, como dice Husham Ali Sadig. (364)

Por eso, nosotros nos inclinamos, con algunos, a la necesidad del cumplimiento de las normas nacionales del conflicto de leyes en el Derecho Internacional Privado. En este supuesto, a pesar de la unidad de los preceptos aplicables en los Estados partes, sensu contrario, facultaríamos a los litigantes de escapar de las normas de sus respectivas leyes y acudir a los tribunales del Estado, que la interpretasen del modo más próximo a sus intereses.

Podemos decir que la obligación impuesta por el tratado a los Estados contratantes se limita a la necesidad de adaptar las normas uniformes y abstenerse de cualquier

---

(363) Véase: Lagarde, ob. cit. pág 244.

(364) Véase: Husham Ali Sadig, La condición del Derecho extranjero... ob. cit. pág 391.

cambio, alteración o modificación de las mismas.

La obligación de los tribunales de estos Estados, se reduce a la aplicación de estas normas en calidad de normas internas adoptadas por el legislador del Estado al que le pertenecen.

La obligación del Estado signatario de aplicar el Tratado, termina al incorporarse las normativas de la misma al Derecho interno, transformándose en una parte del mismo, lo cual faculta a los jueces a interpretarlas en virtud de su criterio legítimo, y en consecuencia existe la posibilidad de imaginar la divergencia de las interpretaciones dadas a las normas uniformes de conformidad con el tratado, ante cada uno de los tribunales de los Estados firmantes.

De ahí que insistamos en la necesidad del cumplimiento de la teoría del conflicto de leyes en aquel proceso que incluya un elemento extranjero. Si acaso la norma conflictual del Derecho Internacional Privado en uno de los Estados contratantes invocase la aplicación de una ley de un Estado extranjero entre los Estados parte del mismo convenio, los tribunales del primer Estado, deberán obligarse por la interpretación de la jurisdicción extranjera de los textos uniformes. (365)

---

(365) Véase: La sentencia del Tribunal de Cassation francesa, (lo mercantil), de 4, marzo, 1963, Rev. Crit., 1964, - pág. 235



La divergencia tanto en la jurisdicción nacional como en la extranjera sobre la interpretación del derecho aplicable:

El problema surge cuando las soluciones establecidas por la jurisdicción nacional en interpretación de una determinada norma extranjera, se quebranta con la evolución reconocida por la propia jurisdicción extranjera al interpretar esa misma norma.

Vacilamos en reconocer al juez nacional el derecho de infringir lo establecido por la jurisdicción de su Estado (el Estado del juez) y el acatamiento de la jurisdicción extranjera en su interpretación de las normas prevalecientes en el extranjero y aplicables ante los tribunales nacionales.

No cabe duda que estas repetidas infracciones y las reservas que muestran los jueces contra la vieja norma judicial termina por establecer otra norma contraria y distinta, lo cual no es problema - como hemos advertido - ya que esta realidad no niega a la norma judicial su naturaleza original, puesto que las normas de la legislación son, a su vez, cambiables de acuerdo con las circunstancias de la sociedad.

El otro aspecto del problema son los casos excepcionales, cuando se considere el mero precedente judicial con el rango de una ley, tal como es el caso del sistema anglosajón. En este supuesto, resulta difícil aceptar el derecho del juez a quebrantar el precedente judicial que ha interpretado la ley extranjera, de modo que infrinja lo establecido por los tribunales en el Estado donde se aplica su

ley. (366)

Sin embargo, la jurisdicción inglesa ha infringido, tradicionalmente, el seguimiento de los precedentes judiciales, cuando rechazó apoyarse sobre la antigua jurisprudencia nacional, al revelar el contenido de una determinada ley, como evidencia para la aprobación de la misma. - (367)

---

(366) Véase: Niboyet, Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé? *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928; pág 807.

(367) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 236.

SECCION XV

El papel del Juez en  
la interpretación del Derecho Extranjero

Planteamiento:

Hemos señalado que la filosofía a la que ha de atender el legislador nacional al regular el conflicto de leyes, conduce a la necesidad de que el juez se vea limitado en la interpretación de las leyes extranjeras, por las soluciones judiciales establecidas en el extranjero, con objeto de poder aplicar las normas, realmente dominantes en el Estado que las normas de conexión han invocado para la aplicación de su ley.

Ahora bien, ¿se limita el cometido del juez al interpretar el Derecho extranjero a la mera aportación de las soluciones judiciales extranjeras tal como anteriormente se ha dicho?, en otras palabras, ¿no tiene el juez un papel más positivo cuando interpreta el Derecho extranjero - invocado por las normas de conexión?.

Incluso aunque el juez se encuentre limitado en lo sucesivo por la jurisprudencia extranjera en lo que se refiere a la interpretación de la norma aplicable, ocurre - que ésta jurisdicción podrá disentir respecto a la interpretación de la misma.

De otra parte, el juez puede apreciar el silencio - del Derecho extranjero en torno a una solución clara y específica al contenido en cuestión.

Señalamos desde el principio que, el objetivo del juez en la interpretación del Derecho extranjero en dichos supuestos, se matiza con carácter positivo, ya que él no está restringido de antemano por una corriente judicial de terminada.

¿Significaría esto que puede recuperar completamente su libertad para interpretar las leyes extranjeras en virtud del criterio que ve como justo y legítimo y de acuerdo con los conceptos prevalencientes en su Estado?

Este comportamiento, ¿se considera contrario a la fi losofía de la legislación, tal como la hemos delimitado?.

Si es así, ¿cuál será el alcance del poder del juez al respecto? y, ¿cuál el que tenga para interpretar las le yes extranjeras en dichos supuestos?

Esto es lo que intentaremos resolver. Examinaremos - en primer lugar el supuesto referente a la no estabilidad de la jurisdicción extranjera en una corriente delimitada en cuanto a la interpretación de la norma aplicable ante - el juez nacional. En segundo lugar, examinaremos el caso - de cuando al juez nacional le parezca claro el silencio - del Derecho extranjero respecto a una solución específica sobre el pleito objeto de exámen.

Por último, señalaremos la importancia del papel del perito cuando colabora con el juez en la interpretación de las leyes extranjeras.

El papel del juez al producirse una variación en la jurisdicción extranjera sobre la interpretación de la norma aplicable o al no haberla examinado originariamente:

A) El papel del juez al variarse la jurisdicción extranjera sobre la interpretación de la norma aplicable:

Puede ocurrir que para el juez la jurisdicción extranjera no tenga una postura determinada y estable en lo referente a la interpretación de la norma extranjera aplicable, como es el caso de la discrepancia que pueda existir entre los tribunales de apelación, al interpretar la norma, cuando ni siquiera el Tribunal Supremo haya elaborado la interpretación de la misma.

Parece que, en este caso, el juez tiene derecho a dejar aparte las sentencias de la jurisdicción extranjera e interpretar él mismo el Derecho extranjero aplicable (368); más las discrepancias de la jurisprudencia extranjera, como hemos expuesto anteriormente, no dan al juez nacional una libertad absoluta en la interpretación de esa norma. El, sigue estando obligado a no salirse del marco de los principios generales en el Derecho extranjero.

Por eso, vemos que será mejor que el juez admita algunas entre las soluciones judiciales extranjeras - la que más concuerda con los principios prevalecientes en el Estado donde él aplica su Derecho - siempre recurriendo a las corrientes de jurisprudencia prevalecientes en ese Estado. (369)

(368) Véase: Maury, Règles générales de conflicts de lois, ob. cit. pág 393.

(369) Véase: Mustafa Kamil Yassine, ob. cit. pág 580; Stoll, ob. cit. pág 207

No obstante, si el Tribunal Supremo extranjero ha tenido aunque sólo sea un precedente en la norma en cuestión, no hay por qué ignorar o desdeñar lo establecido por este Tribunal con respecto a la interpretación de la norma ex--tranjera aplicable, salvo, claro está, en caso de objecio-nes provocadas por los juristas extranjeros contra ese dictamen o que la resistencia que se encuentra en los tribunales internos sea tan poderosa que se le pueda considerar - como precedente asilado que no expresa la realidad del De-recho positivo vigente en el extranjero. (370)

En tal caso, la jurisdicción nacional puede ignorar la sentencia del Tribunal Supremo extranjero y adoptar la interpretación más acorde con la opinión dominante en el - Estado que aplica su ley. (371)

Asimismo, el juez puede también ignorar la interpre-tación de la Corte Suprema extranjera sobre la disposi-ción aplicable si le pareciese que ésta interpretación ha procedido del Tribunal desde y hace mucho tiempo y todas - las evidencias le aseguran que ésta interpretación ha dejado de responder a las circunstancias sociales y económicas en la misma sociedad extranjera. (372)

En un caso tan claro, el juez nacional deberá abandonar esa interpretación extranjera aunque proceda de una jurisdicción estable en un período anterior y admitirá las - resoluciones establecidas por los tribunales extranjeros -

---

(370) Véase: Maury, ob. cit. pág 393; La sentencia del Tribunal del Seine de 20, junio, 1955 en Clunet, 1952, pág - 174 y 17, octubre, 1956 en J.C.P. 1956, t.II, pág 9688 con el comentario de Bellet.

(371) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 285.

(372) Véase: Id. ob. cit. pág

en el momento del juicio.

Esta opinión se apoya en la prudencia de la legislación, la cuál exige al juez que se remita a las normas vigentes del Estado en el momento de juzgar la causa.

- B) El papel del juez en los casos en que la jurisprudencia extranjera nunca se haya ocupado de la interpretación de la norma aplicable:

La libertad del juez para interpretar la ley extranjera se incrementa ampliamente si la jurisdicción extranjera no se ha ocupado de la interpretación en cuestión. Así pues, el papel del juez en este punto, se aproxima hasta cierto punto a su papel de interpretar el Derecho nacional, lo que asegura una vez más, que la diferencia en los dos casos es una "diferencia de grado y no de naturaleza".

Ahora bien, ¿significaría eso que el papel del juez en interpretar el Derecho extranjero se asemeja completamente a su papel en interpretar el Derecho patrio?

No lo creemos, ya que la conservación del Derecho extranjero a su calidad de extranjero requiere al juez no salirse, de ningún modo, fuera del marco de los principios generales dominantes en el Estado en que se aplica su ley.  
(373)

---

(373) Véase: Batiffol, Aspects philosophiques..., ob. cit. pág 109; Motulsky... ob. cit. pág 139.

B.1 Los límites del juez en interpretar el Derecho extranjero por los principios generales dominantes en el Estado en que se aplica su ley:

Dijimos que la norma extranjera se vincula, estrechamente a las circunstancias sociales y económicas existentes en la sociedad de donde procede, por el conjunto de los principios generales y por las nociones que comprenden el Derecho extranjero en su conjunto. (374)

No cabe duda que cualquier interpretación de esa norma, que ignore el conjunto de aquellos principios, conduce a la derogación del contenido real de la norma, lo que puede chocar con la legislación que el legislador nacional - tiende a realizar como solución a los problemas del conflicto en su Estado. (375)

Así pues, esas consideraciones nos muestran la importancia de que los jueces pidan ayuda a los expertos para - facilitarles su tarea en la interpretación de las leyes extranjeras.

La necesidad de que el juez recurra a los principios generales, en el Estado donde se aplica el Derecho, surge - cuando se trata de las normas ya admitidas en la interpretación de las reglas jurídicas en este Estado.

En el supuesto de que la jurisdicción extranjera no se haya ocupado de la interpretación del texto aplicable,

---

(374) Véase: Id., pág 109; y también Motulsky, Cb. cit. - pág 139.

(375) Véase: Dolle, ob. cit. pág 244; Lagarde en su comentario sobre la sentencia del Tribunal de Cassation francesa del 21.11.1961 en Rev. Crit. 1962, pág 335.



al tiempo que la doctrina foránea discrepe sobre la interpretación del mismo, el hecho de que el juez nacional recupere la libertad de interpretar las disposiciones extranjeras, en éste supuesto, no le permite conocerlas en virtud de justicia y legitimidad, sino que deberá acatar el dictamen de los tribunales extranjeros, como si las partes hubieran sido enjuiciadas ante éstos, originariamente. (376)

Como es sabido, existen teorías que sostiene la consagración de las disposiciones legales, que exigen la limitación de la disposición. Según la lógica de estas teorías, el intérprete deberá siempre verse obligado por la intención del legislador en el momento de reglamentar la norma jurídica. (377)

Si, por ejemplo, la disposición fuera ambigua, el legislador debe consultar los trabajos preparatorios, la exposición de motivos, las discusiones que antecedieron a la disposición, los precedentes históricos, el espíritu general de la legislación y la voluntad real del legislador. - (378)

Otra corriente considera que no es necesario buscar siempre la expresa o tácita voluntad del legislador para llegar a interpretar una determinada disposición. Según esta postura, es mucho mejor interpretarla a la vista de los principios que contiene el conjunto de sus disposiciones.

---

(376) Contra esta hipótesis, Zajtay en su tesis, ob. cit. pág 28.

(377) Véase: Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2eme ed. t.I, Paris, 1954, pág 264; Marty et Raynaud, ob. cit. t.I, pág 75.

(378) Véase: Marty et Raynaud, ob. cit. pág 126; Shams Eddin el-wakil, ob. cit. pág 435.

Caso de no haberlas, el juez puede acudir a la costumbre - que prevalezca, o bien a la norma consuetudinaria que le - aporte elementos de juicio claros, deberá ingeniarse para hallar la solución justa. En todo caso, buscará el derecho que más concuerde con las circunstancias de la comunidad - en la que él vive, según su recto saber y entender. (379)

Muy afectadas por las doctrinas de la escuela histórica alemana, otras tesis sostienen que las disposiciones deben separarse de la voluntad del legislador, pues la norma del Derecho ordena el desarrollo social en la comunidad donde se aplica. Así pues, no hay que limitarse a la interpretación de la ley, ni a la voluntad del legislador, sino que el intérprete debe obligarse por las necesidades sociales en el momento en que se practique la interpretación. - (380)

No cabe duda que las distintas teorías de interpretación existentes fuerzan al juez - si ha de interpretar una determinada ley extranjera - a regirse por los medios dominantes en el Estado en el que ha de aplicarse la ley, con el fin de no arriesgarse a dar al Derecho extranjero un - significado que desvirtúe su contenido real. (381)

---

(379) Véase: Geny, ob. cit. tomo II, núm 15; Shams Eddin - el-wakil, ob. cit. pág 435.

(380) Véase: Saleille, Introduction à l'étude du droit civil allemand, 1904, pág 100, cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 404.

(381) Véase: Boquel, De l'office du juge en matière d'application des lois étrangères... ob. cit. pág 63; Arminjon, - Précis de droit inter. privé... ob. cit. tomo I. pág 404 y sigs.; Maury, Règles générales de conflicts de lois... ob. cit. pág 39; Valéry, ob. cit. núm 440 y Wolff, Private - International Law, 2nd edition, Oxford, 1962, pág 215.

B.2 El alcance de la restricción de las facultades del juez en la interpretación de las disposiciones de las autoridades administrativas extranjeras respecto a la norma aplicable:

A nuestro modo de entender, se debe conocer este problema a la vista de los principios que hemos venido defendiendo a lo largo de este estudio; esto es: la necesidad de que el juez aplique los principios realmente dominantes en el Estado en el cuál aplica su ley en virtud del mandato del legislador.

Por tanto, si las autoridades administrativas extranjeras han interpretado la norma jurídica extranjera aplicable de modo que choque con lo establecido por la misma jurisdicción extranjera, no existe dificultad alguna, ya que el juez nacional debe admitir la interpretación judicial para aplicar verdaderamente las normas prevalecientes en el Estado al que la norma de conexión invocó la competencia de su ley.

Nuestra hipótesis no se basa en su supuesto de inconstitucionalidad. Al decir, por ejemplo, que el principio de separación de poderes nos obliga a excluir la interpretación administrativa del Derecho extranjero, nos basamos más que nada, en la filosofía del legislador como ya hemos repetido en varias ocasiones.

Incluso si el principio de la separación de poderes no fuese conocido en el Estado en el que el juez aplica su ley, y los principios generales de allí permitiesen la interpretación administrativa, debemos sin embargo preferir la interpretación judicial estable en su calidad de expresión de las normas dominantes en el extranjero.

Cuando la jurisdicción extranjera haya ignorado la -

interpretación administrativa -sea cual fuere su valor allí- el juez nacional tiene la obligación de seguir este comportamiento para no arriesgar la derogación del Derecho extranjero aplicable.

Algunos opinan que - en ocasiones - la jurisdicción extranjera no se ha ocupado de la interpretación del precepto extranjero aplicable, al tiempo que las autoridades administrativas extranjeras si lo han hecho.

La jurisdicción nacional, en este caso, y como principio, deberá adoptar la interpretación administrativa de este precepto, para que concuerde con la filosofía de la legislación y aplique las normas dominantes en el extranjero.

Lo cierto, en nuestra opinión, es que la concordancia con la filosofía de la legislación, exige, en este caso, la distinción entre los dos siguientes supuestos:

a) Si los principios generales prevalecientes en el Estado en el que el juez aplica su ley requiere la adopción de la interpretación administrativa del precepto legal y obliga a los jueces a seguirlo, el juez nacional debe - ante el silencio de la jurisdicción extranjera - admitir la interpretación adoptada por las autoridades administrativas extranjeras.

b) Pero si los principios generales dominantes en el Estado en el que el juez aplica su ley, no obligan a adoptar la interpretación administrativa de las normas jurídicas y tampoco a matizar esta interpretación con cualquier valor jurídico, el juez nacional - ante el silencio de la jurisdicción extranjera de interpretar el precepto aplicable - no debe restringirse por la interpretación administrativa prevaleciente en el extranjero; o sea, aunque pue-

de tomarlo en consideración, no está obligado a seguirla.

Por tanto, no compartimos la opinión de que, lo principal es la obligación del juez de seguir la interpretación administrativa en este supuesto, sino que preferimos dar mayor libertad al juez de aquellas que posee frente a la interpretación judicial.

Al contrario, vemos que la jurisdicción nacional no se coarta, originariamente, por esa interpretación, sino - que puede recurrir a ella si la encontrase concordante con la legítima interpretación del texto aplicable, siempre en virtud de los principios generales en el Estado en el que aplica su ley. (382)

**B.3 El papel del juez cuando se silencia el Derecho extranjero en su conjunto, para dar una expresa solución al conflicto:**

Puede ocurrir que el juez no encuentre una norma clara que rijan el conflicto expuesto ante él, como podría ser cuando la jurisdicción extranjera no llega a establecer una solución determinada o cuando no haya sido examinado el tema de litigio con anterioridad; al mismo tiempo que las disposiciones legales extranjeras no han llegado a dar una solución o cuando no hay una costumbre establecida al respecto.

---

(382) Véase: "... la interpretación administrativa en el supuesto en cuestión, no tiene ninguna validez jurídica, ya que no se puede a tenor de ella, formar el contenido real de las normas del Derecho extranjero, dominante en el extranjero". Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 408.

En principio ha de señalarse la diferencia entre esta postura y el caso de la imposibilidad de que el juez - pueda llegar al contenido del Derecho extranjero. En este último caso, lo concreto es aplicar la ley del juez.

En principio, no hay ninguna dificultad en probar el contenido de la ley extranjera aplicable, pero lo cierto - es que esta ley no contiene una norma rectora clara y expresa del conflicto, ante el juez nacional.

Ahora bien, ¿deberá el juez volver - en este último caso - a su ley, de igual modo que cuando es imposible llegar al contenido de la ley extranjera?

Aquí vamos a abordar el estudio de este criterio, y al final defenderemos la hipótesis que apreciamos más correcta.

- La aplicación de la ley del juez: Algunas sentencias francesas han hablado de la obligación de aplicar la ley nacional, cuando parezca que la ley extranjera aplicable ha silenciado la solución al conflicto en cuestión, - tal y como cuando sea imposible llegar al contenido de la ley extranjera aplicable, originariamente.

El Tribunal de "Saigón", en su sentencia de 27, marzo de 1908, ha aplicado la ley francesa en su conflicto referente a la indemnización de una de las víctimas, de accidente de trabajo, pertenecientes a la compañía de ferrocarril francesa que desarrollaba su actividad en la China; - pese a que la ley china fue la aplicable de acuerdo con - las normas francesas de conexión (la ley del lugar del incidente).

Dicho Tribunal ha justificado su decisión - o sea la aplicación de la ley francesa - por el hecho de que le ha

parecido que la ley china no incluye ningún precepto legal que regule expresamente la indemnización de los accidentes de trabajo.

Algunos han apoyado esta corriente, por el hecho de que la aplicación de las leyes extranjeras tiende a una finalidad determinada, esto es a la coordinación de sistemas.

En caso de que la ley extranjera aplicable, en el citado ejemplo, no incluyera una solución clara al conflicto, lo mejor sería, para realizar la coordinación entre los - sistemas en este supuesto, aplicar la ley nacional en su - calidad de una de las leyes conflictuales para regir el - asunto objeto del litigio.

Al contrario, Husham Ali Sadig, opina que la noción de la coordinación de sistemas, tal como fue expuesta, no vale como fundamento legítimo para la aplicación del Derecho extranjero ante el juez nacional. (383)

El legislador nacional, al referirnos a la competen--cia de una determinada ley para regir el proceso, manifies-ta en realidad, su criterio de que esa ley será la más vá-lida para gobernar la relación objeto de exámen, y la más próxima a la naturaleza de la misma, por tanto esa filoso-fía no se cumple si no se aplica la ley declarada competen-te por las normas de conexión.

De otro lado, y en el caso de que esa ley no contem-plara un precepto claro para regir el litigio, el juez de-berá recurrir a los principios generales y al decir que el juez ha de recurrir a la ley nacional, significa la creen-

---

(383) Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 410 y sigs.

cia de que la ley extranjera no incluye ninguna solución, lo que se contradice con la realidad, ya que un ordenamiento jurídico es un completo sistema integrado y de acuerdo con este calificativo que puede incluir las soluciones preceptivas, y es siempre capaz de responder a todos los problemas surgidos como consecuencia de la evolución social.

Así pues, la adopción de la teoría de coordinación - de sistemas puede chocar contra la filosofía del legislador nacional tras la regulación del conflicto de leyes en el Estado del mismo.

#### B.4 La vuelta a los principios generales que incluye el Derecho extranjero en su conjunto:

Se desprende de lo expuesto, que la filosofía de la legislación exige al juez - en caso de que parezca que la ley extranjera ha silenciado la solución clara y expresa al conflicto en cuestión - la adopción del comportamiento seguido normalmente por el juez extranjero: si éste hubiera hecho lo mismo, es decir, recurrido simplemente a las reglas generales que rigen tal supuesto de la ley extranjera misma. (384)

Hay legislaciones que disponen, expresamente, la solución a seguir en este caso. Por ejemplo, la legislación suiza influenciada por las enseñanzas de "Geny" (385), ha establecido en el artículo primero del Código Civil, que - "el juez, al silenciarse la legislación o la costumbre para dar solución al conflicto expuesto ante él, debe fallar

---

(384) Véase: Batiffol, Traité, ob. cit. núm 351; Arminjon, t.I, ob. cit. pág 392.

(385) Véase: Geny, ob. cit. t.II, núm 155 y sigs.



en virtud de lo que hubiera dispuesto él si fuera el encargado de la labor del legislador".

Si la ley suiza fuese la aplicable al proceso expuesto ante el juez egipcio, por ejemplo, éste debe seguir dicho comportamiento hasta conseguir la posible solución, la misma que el juez suizo hubiera adoptado si el conflicto hubiese sido expuesto ante él originariamente. (386)

Asimismo, el artículo segundo del Código Civil de Egipto dispone que: "si no existe un precepto legal aplicable, el juez falla de acuerdo con la costumbre; si ésta no existe, de conformidad con los principios de la Doctrina Musulmana, y si la misma tampoco da la solución en virtud de los principios del Derecho natural y las reglas de justicia".

Por último, nos referimos al supuesto de que al juez nacional le parezca que la jurisprudencia extranjera dominante en el Estado en el que aplica su ley se acostumbra al rechazo de la demanda, cuando su ley silencia la solución a seguir en el conflicto en cuestión.

Un sector de juristas observa que el juez nacional debe seguir el mismo principio y fallar rechazando la demanda. (387)

Ahora bien, a pesar de que esta solución es conforme con la filosofía de la legislación, en virtud de lo que acabamos de exponer, no obstante no estamos de acuerdo con

---

(386) Véase: Mustafa Kamil Yassine, ob. cit. pág 586.

(387) Véase: Motulsky, L'office du juge... ob. cit. pág - 363; Mustafa Kamil Yassine, ob. cit. pág 587; Armijon, t.I, ob.cit. pág 392.

su adaptación, ya que al fin y al cabo conduce a la negación de la justicia, lo que puede chocar con el orden público en el Estado.

Por tanto, en este caso, se debe excluir dicha solución y fallar a la vista de los principios generales en el Derecho extranjero y por analogía de los casos próximos - que fueron rechazados en preceptos expresados por el legislador extranjero, o por la jurisdicción que haya sido estable en dar soluciones determinadas al respecto.

C) La importancia del papel del perito y su colaboración con el juez al interpretar las leyes extranjeras:

Hemos señalado la importancia de recurrir a la pericia como medio efectivo para la prueba del contenido de las leyes extranjeras. El asunto no añade ni quita nada a la interpretación de esas leyes, particularmente si tenemos en cuenta lo ya referido de la obligación del juez de guiarse en su interpretación de la ley extranjera, por las resoluciones judiciales existentes en el Estado que aplica su ley.

Ya que el conocimiento de las corrientes judiciales dominantes en el extranjero no es asunto fácil para el juez nacional, lo que afirmamos es la importancia de la ayuda que el perito puede prestar al respecto.

En realidad, el papel colaborador del perito con el juez al interpretar la ley extranjera tiene una íntima relación con su misión de buscar el contenido de la misma; como ya hemos señalado, la búsqueda de la corriente preva-  
leciente en la jurisprudencia extranjera no es más que la

búsqueda del contenido real de la norma a seguir. (388)

El problema no varía cuando se silencia la jurisprudencia extranjera al interpretar el precepto aplicable, ya que es deber del juez en este caso - como hemos visto - recurrir a los principios generales en el Derecho extranjero, lo que supone la restricción a los medios de interpretación seguidos en el Estado en el que aplica su ley, guiándose siempre por las demás reglas jurídicas que regulen los temas más parecidos al asunto en cuestión.

No cabe duda que al juez le resulta difícil - puesto que se encuentra lejos del ambiente extranjero donde prevalece la ley aplicable ante él - conocer el conjunto de la misma para que pueda interpretar bien el texto aplicable, lo que nos muestra una vez más la gran envergadura que tiene tal papel del perito en colaborar con el juez.

Asimismo, la importancia del perito se ve, particularmente en los casos en los que los tribunales nacionales abordan el alcance de la constitucionalidad del Derecho extranjero aplicable, como veremos más adelante.

Es difícil que el juez esté al tanto de todas las ideas políticas y los principios esenciales que forman el contenido general de las corrientes constitucionales dominantes en una sociedad extraña.

Tal vez resulte fructífero, en este supuesto, que sea un perito extranjero, o quienes hayan ejercitado una pericia práctica en el Estado del que el juez aplica su ley, los que sirvan al juez con sus conocimientos técnicos.

---

(388) Véase: Cyrille David, ob. cit. pág 242.

C.1. El perito, al prestar ayuda para la interpretación de la norma extranjera, no niega a ésta su carácter jurídico:

Hemos dicho que la hipótesis es la presunción del conocimiento del juez del contenido de la norma jurídica, aparte de los medios seguidos para su interpretación de conformidad con el principio "Jura novit curia", pues la exclusión de este principio del ámbito de las normas consuetudinarias de un lado y las extranjeras del otro, no exime al juez de la obligación de buscar el contenido de las mismas, y de los medios que ha de seguir para su interpretación.

Como hemos advertido desde el principio, es grande la importancia de la pericia como medio factible para que el juez conozca las normativas del Derecho extranjero, y los medios de su interpretación, pudiendo así cumplir con su obligación de aplicarlas en los conflictos con elementos extranjeros, acatando el mandato del legislador, de conformidad con las normas nacionales del conflicto.

Ello no significa, sin embargo, la negación de la naturaleza jurídica de ese Derecho. Ya hemos señalado que los tribunales franceses han pedido ayuda de los peritos para desentrañar el contenido de la normativa del Derecho nacional y nadie ha dicho que este comportamiento se contradiga con la naturaleza jurídica de ese derecho.

La realidad nos afirma que los abogados interponen frente a los jueces las normas de la ley que rige el litigio, y además la interpretan en apoyo de las pretensiones de sus demandantes.

Si esto es así, respecto a la ley nacional, la solu-

ción será aún más exigible. Si la ley aplicable es una ley extranjera será difícil para el juez conocerla toda en su conjunto y comprender además el espíritu y contenido real de la misma.

Esta observación nos muestra que, una vez más, el límite de la semejanza entre el tratamiento procesal del Derecho extranjero y el tratamiento que reciben las normas consuetudinarias en particular. Pues, antes de que fuese codificada la Recopilación Napoleónica y cuando Francia estaba regida por las costumbres locales, los tribunales no habían dudado en pedir ayuda de las partes para interpretar estas normas y consultar los peritos especialistas para delimitar su contenido. (389)

C.2 Los límites del poder del perito en la interpretación de la norma extranjera; la diferencia entre interpretación y aplicación:

Anteriormente nos hemos referido al derecho del juez de excluir la opinión del perito cuando le parezca erróneo el fundamento de la misma.

Añadimos aquí que el respeto a la naturaleza jurídica de las normas extranjeras, prohíbe al juez, básicamente, delegar en el perito tan amplio poder hasta facultarle conocer el problema de la ley objeto de examen, como por ejemplo, facultarle el derecho de interpretar la norma jurídica y en definitiva aplicarla a los hechos del proceso.

---

(389) Véase: Pissard. Preuves des costumes, Paris, 1910, - pág 52 y sigs.

Por eso, el Tribunal de Casación francés, ha establecido para el ámbito de la aplicación del Derecho nacional que, el tribunal de la causa no puede facultar al perito - el derecho de evaluar si el demandante se considera propietario del inmueble objeto de litigio o no.

Ya que tal comportamiento por parte del Tribunal de la Causa se considera como "quebrantamiento de la norma - que prohíbe al juez formar su criterio mediante la delegación de su cometido propio al perito, lo que choca contra el orden público en el Estado". (390)

Por ello, algunos han establecido acertadamente, que si el juez debiera consultar al perito para interpretar - las normas de una ley, no tiene por qué facultarle para - aplicar estas normas a los hechos del conflicto expuesto - ante él mismo. (391)

Sin embargo, el perito, desde el punto de vista práctico - al igual que los abogados - se ve en la obligación de ver aplicada la norma jurídica que ha interpretado tal y como él lo ha hecho, por haber confiado el juez en su - criterio técnico.

No obstante, lo que está prohibido es facultar al perito esta misión originariamente, ya que el juez sigue - siendo el dueño de la última palabra en la aplicación de - la ley sobre los hechos expuestos ante él. (392)

---

(390) Véase: Sentencia del Tribunal de Casación francés - (lo civil) de 21, abril, 1958, Dalloz, 1958, pág 432; (lo social) de 21, enero, 1955, J.C.P., 1955, tomo II, pág - 8837; (lo mercantil) de 28, diciembre, 1959, Bull, civ. - 1959, tomo III, pág 391.

(391) Véase: Cyrille David, pág 264 y sig.

(392) Véase: Id. ob. cit. pág 266.

SECCION XVI

Alcance de la distinción entre  
el papel del juez cuando interpreta la ley extranjera  
y el que tiene cuando interpreta la ley nacional

El objeto de este estudio será trazar la distinción entre las técnicas de interpretación de las leyes internacionales en el sistema anglosajón y en el Continente, en la medida en que sea posible llegar a una conclusión sobre este problema.

Podemos decir que las diferencias entre las técnicas usadas en los sistemas en el Continente de una parte y el de Inglaterra de otra, como veremos, no constituyen un obstáculo para la unificación, pero son de una índole tal que crean impedimentos y exigen una gran cautela cuando se trata de elaborar una legislación internacional.

Existe un considerable volumen de leyes internacionales, casi exclusivamente en forma de convenios marítimos y laborales, pero estas leyes son de origen reciente y, por tanto, todavía no tenemos datos que permitan formar una opinión sobre los efectos que puedan haber causado en las mismas las diferentes técnicas interpretativas. No obstante, hay dos hechos evidentes a señalar.

El primero, es que los jueces ingleses y continentales coinciden en la necesidad de seguir, en lo posible, la intención del legislador. Es muy problemático que la aplicación de las teorías que sostienen de que el fin social -

de una ley contribuye a aclarar las ambigüedades del texto pueda tener una influencia decisiva en el proceso de interpretación.

Si una ley se presenta en una fraseología ambigua, - el juez - no importa cuál fuera el sistema a que pertenezca - debe encontrar una solución a esa dificultad y es evidente que siempre intentará situarse en el lugar del legislador ya queriendo buscar la finalidad social de la ley, - ya proclamando lo que, según él, constituye la intención - de aquél a tenor de lo que revelan las palabras del mismo precepto, o su contexto.

En segundo lugar, si pasamos del problema de la base de la interpretación al de los métodos interpretativos, la diferencia entre las técnicas inglesa y continental es muy importante.

Los jueces continentales tienen poderes para investigar las actas parlamentarias y otros trabajos preparatorios para descubrir la intención del legislador, mientras que los jueces de habla inglesa no pueden recurrir a este expediente.

Este es el punto fundamental y no es preciso subrayar su importancia.

No es ésta una tarea fácil para el jurista inglés, - ya que su Derecho se halla en su mayor parte libre de la influencia de las teorías elaboradas sobre la naturaleza - de la función interpretativa que predominan en los países del Continente.

En este orden de ideas comenta Gutteridge "... es -- cierto que el Derecho inglés es mucho más rico que ningún otro sistema europeo en lo que respecta a las reglas de in



interpretación, pero todas estas normas se resumen en la obligación, por parte del juez, de dilucidar la intención del legislador por medio de una palabra determinada o una frase que ha de interpretar". (393)

El Derecho Continental, en cambio, es rico en teorías diversas. Algunas de ellas no han tenido una aceptación general, pero han contribuido a arrinconar conceptos de la interpretación gramatical y lógica que habían ejercido una influencia considerable sobre la técnica judicial. (394)

---

(393) Véase: H.C. Gutteridge, El Derecho Comparado, traducción española por Enrique Jordi, Barcelona, 1954, pág 160.

(394) Id. pág 160.

La técnica de la función judicial empleada en la interpretación del Derecho Extranjero:

Ahora bien, conviene que nos fijemos aquí en un punto ciertamente importante que complementa al anterior; en concreto la técnica empleada en nuestra disciplina no es la misma en todas las jurisdicciones y, por consiguiente, la materia es de vital importancia para su examen. Es necesario anticipar las consideraciones siguientes:

- La interpretación es siempre función del juez llamado a conocer del caso; ha de realizarse según el entender de los profanos y prescindiendo por el momento de toda posible construcción jurídica.

- Al intérprete no le interesa nada la voluntad interna. Es, pues, indiferente para los efectos de la interpretación, el sentido que realmente hubiese atribuido uno de los contratantes a las palabras litigiosas, al emplearla.

- Cuando las partes están de acuerdo acerca del sentido de las palabras contractuales, el juez no tiene nada que interpretar, sino que debe tomar las palabras en el sentido en que las entienden las partes. (395)

---

(395) Las reglas de interpretación se aplican siempre, como es lógico, por el juez de un lugar determinado del país. - Para exponer las reglas de la interpretación hay que ponerse en el punto de vista del juez y no en de las partes, como se hace ordinariamente. No hay por qué preguntarse que pensaría ésta o la otra parte en el momento de emitir la declaración y en qué sentido la tomaría la parte contraria a quien se dirigía. Estas son cuestiones que tienen importancia en cuando al error, pero que nada tienen que ver con la interpretación, que es misión del juez. "Lo esencial de la interpretación es saber si las 'circunstancias del caso' que aparecen demostradas eran o no notorias para las partes". Véase: E. Danz, La interpretación de los negocios jurídicos, traducción española por Francisco Bonet Ramón, 3ª ed., Madrid, 1955, pág 263 y sigs.

Para esto no es necesario, naturalmente, que medie una declaración expresa de conformidad; basta que de la tramitación resulte que no existe discusión en cuanto a ello.

La interpretación no tiene tampoco misión que cumplir cuando se demuestra que existe un convenio de las partes sobre el sentido que ha de tener la palabra litigiosa.

- El juez ha de interpretar las declaraciones de voluntad del modo que corresponda a los "usos sociales", no ha de caer en la interpretación literal; deberían, pues, tenerse siempre en cuenta las "circunstancias del caso" notorias para la otra parte y el fin económico que las partes persiguen con su declaración de voluntad, por tanto aquéllas como éste influyen muy esencialmente en el sentido de las palabras. (396)

- No habrá lugar a interpretar la declaración de voluntad en el sentido "usual", cuando una de las partes tuviese conocimiento del sentido especial que la otra parte le atribuyó.

- No es necesario, en cambio, que la parte conozca los usos sociales a que el juez se atiene para fallar; aún cuando la parte no conociese el significado de las palabras usadas o de su conducta, el juez deberá decidir a tenor de ellos. (397)

---

(396) Véase: Art. 1282 del Código Civil español en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre, 1944, en la que se da importancia a los actos anteriores al contrato llevados a cabo por los contratantes, para juzgar de la intención de los mismos.

(397) Véase: Art. 1258 y 1287 del Código Civil Español.

- Antes de proceder a la interpretación de un negocio jurídico habrá, naturalmente, que comprobar las declaraciones de voluntad que se alegan y todas las demás circunstancias del caso que puedan influir en la interpretación, bien por medio de confesión o por otro medio de prueba. El juez tiene que esforzarse de oficio y desde el primer momento por esclarecer totalmente los hechos constitutivos del caso concreto, en todos sus detalles - contando como tales las "circunstancias del caso" - indagándolos mediante las oportunas preguntas.

- Una vez comprobados los hechos en que consiste la declaración de voluntad enjuiciada (sean palabras o una conducta), el juez los verá como los ve cualquier profano.

Si las partes discuten el significado de las palabras o de la conducta, el juez las interpretará como suele entenderlas la generalidad de las gentes o aquella clase social a que pertenecen las partes; se preguntará cómo las entenderían las personas razonables o, si la declaración presenta una laguna, como cumplirían espontáneamente estas personas si estuviesen en el lugar de los litigantes.

El juez tiene que saber esto para poder decidir acertadamente; si no lo sabe, si no posee la experiencia necesaria de la vida que le procure ese conocimiento, deberá acudir a peritos que le informen, pero nunca decidir sin

conocimiento de causa. (398)

"Y cuando el contrato presente una laguna, no deberá dejarse llevar por una supuesta voluntad - inexistente - de los litigantes, admitiendo para suplir la laguna eso - que se suele llamar un convenio tácito; esto es pura ficción".

- El juez deberá siempre aspirar a que los convenios de las partes alcancen el resultado apetecido; siendo como es su posición la de un auxiliar de las partes en la interpretación del negocio jurídico y su misión como intérprete la de suplir los acuerdos incompletos de aquéllas, habrá - de esforzarse por todos los medios por mantener en pie el contrato. Para esto, hará constantemente uso de su derecho de indagar con el objeto de esclarecer los hechos y especialmente el fin económico perseguido. (399)

---

(398) Las circunstancias del caso concreto son muy importantes para la exacta interpretación, puesto que dan a las palabras o a la conducta de las partes, que en el caso concreto representan la declaración de voluntad, la significación exacta, es decir, aquel significado que la palabra o la conducta tiene en el caso concreto. Por eso, al juez le impone el deber de "cooperar con sus preguntas a completar las indicaciones insuficientes sobre los hechos que se alegan y a obtener todas las declaraciones que puedan contribuir a esclarecer la situación". Ténganse presentes las facultades que a los jueces da, en orden a completar los elementos probatorios, la L.E.C. en sus artículos 340 y 588, ap. 2ª.

(399) El artículo 340 de L.E.C. enumera las facultades indagatorias que tiene el juez como excepción al principio - rogatorio, y que constituyen las llamadas providencias para mejor proveer.

La interpretación es la primera función del juez. Diferencias en torno al punto de relevancia para el tratamiento interpretativo:

Sobre este punto, el juez inglés no está tan favorablemente situado como su colega continental, debido a que su poderes están rígidamente limitados. Debe ceñirse a lo que el legislador ha expresado en la ley y solamente puede tener en cuenta las circunstancias ambientales en cuanto son notorias.

El juez inglés debe sacar el máximo partido posible del texto y aplicar cualquier significado implícito que no sea manifiestamente injusto o gratuito, aunque el resultado pueda contradecir las intenciones del legislador.

No está facultado para consultar las relaciones de los debates parlamentarios ni cualquier otro testimonio de las deliberaciones de tipo administrativo o legislativo que hayan precedido a su promulgación.(400)

Asimismo, debe ignorar las intervenciones hechas en el Parlamento por los ministros encargados de defender los proyectos de ley y los informes de las comisiones gubernamentales y parlamentarias. (401)

---

(400) Véase: Regina V. Hertford College, 1878, 3 Q.B.D. - 693, cit. en H.C. Gutteridge, El Derecho Comparado, trad. española de Enrique Jardí, Barcelona, 1954, pág 164.

(401) Véase: Id. pág 165; también David V. "Taff vale - Railwail Co.", 1895, A.C. 542.

Los problemas que plantea la aplicación de las reglas inglesas de interpretación:

De estos problemas están cada vez más nutridas las leyes internacionales y se ponen de manifiesto en una sentencia de la Cámara de los Lores.

Antes de 1925 era un precepto establecido del Derecho marítimo que el salario de todo marinero dejaba de devengarse en el momento del naufragio del barco en el que prestaba sus servicios, Esta norma empezó a considerarse como muy rigurosa y, en consecuencia, se estableció en un Convenio Internacional que "en caso de pérdida o naufragio de cualquier buque, el armador o persona con quien el marinero contrató sus servicios a bordo, deberá pagar a cada marinero empleado una cantidad como indemnización del paro resultante de tal pérdida o naufragio".

De acuerdo con la práctica británica la ratificación del Convenio adoptó la forma de una ley, la MERCHANT SHIPPING ACT 1925 que, en su preámbulo, advierte que se promulga para dar fuerza al Convenio Internacional que se produce en el Anexo I de la ley, pero las disposiciones a aplicar son las que se regulan en el cuerpo principal de aquella, que dice:

"12 Cuando por causa de naufragio o pérdida de la nave en la que el marinero está empleado, su contrato termina antes de la fecha convenida, el marinero, notwithstanding lo dispuesto en la sección 158 de la MERCHANT SHIPPING ACT 1894, tendrá derecho, dentro de un período de dos meses, a contar desde el término de sus servicios, a recibir su paga en el precio estipulado, por cada día que está sin trabajo, siempre que no haya encontrado otro empleo.

1. El marinero no podrá recibir la paga estipulada en esta SECTION si el armador prueba que el paro no es debido al naufragio o la pérdida del barco, y tampoco tendrá derecho a recibir la paga estipulada por cada uno de los días que permenezca parado si el armador demuestra que el marinero pudo obtener un empleo conveniente".

En un análisis sobre el significado de este texto, - Gutteridge comenta que surgieron dos litigios.

"En ambos casos el naufragio había ocurrido algunos días antes de la expiración del contrato. No obstante, se falló en el sentido de que el que el marinero tenía derecho a percibir su salario por la totalidad de los dos meses y no tan sólo por el período que faltaba para expirar el contrato. Sentencias que originaron la curiosa situación de considerar el marinero del barco naufragado en una mejor posición que la que tendría si el naufragio no hubiese ocurrido. La representación de los armadores alegó que la obligación de éstos de limitaba al período a transcurrir en el contrato pendiente, apoyándose en el empleo de la palabra "indemnización" en el convenio.

Sin embargo, la mayoría de la Cámara de los Lores estimó que no había ambigüedad alguna en la ley y que, por tanto, no era preciso acudir al convenio para determinar su significado". (402)

---

(402) Véase: Gutteridge, ob. cit. pág 166 y sigs.



El método continental de interpretación:

Si el mencionado caso hubiera sido expuesto por un tribunal extranjero, el resultado hubiese sido distinto, ya que, según la práctica continental, el texto de la convención no se redacta de nuevo en otra ley; es obligatorio a partir de su adopción por la autoridad competente. (403)

Es interesante notar que los jueces ingleses se habrían referido al convenio sólo en el caso de estimar ambigua la ley (404), pero de todos modos no habrían salido de ella ni habrían tomado en consideración los trabajos preparatorios como la minuta y el "raport" de la Conferencia de Génova que preparó el Convenio.

Se habrían limitado al texto del convenio, a pesar de resultar ambiguo el texto.

En definitiva, el método continental de interpretación, en tales casos, es diametralmente opuesto. A continuación examinaremos la situación en Francia y en España.

En Francia, por ejemplo, la consulta de los textos preliminares de las leyes ha sido por mucho tiempo el "ins

---

(403) Véase: Niboyet, Manuel de droit international privé, 2ª ed., 1928, núm 31. Véase también, art. 1º 5, del C.C. - español "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España - en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado".

(404) Véase: The Croxteth Hall, 1930, pág 197, 201 y sig.

trumento favorito de interpretación judicial" (405)

Los jueces, en caso de duda, consultan no sólo las -  
declaraciones ministeriales y los informes de los comités  
parlamentarios, sino incluso las relaciones de los debates  
en la Cámara y el Senado. (406)

Esto nos lleva a considerar otro problema de excep--  
cional importancia, esto es, cuando puedan surgir dificul--  
tades sobre el distinto valor que se asignan a los prece--  
dentes, en las diversas jurisdicciones.

Cuando un juez inglés interpreta una ley, su deci- -  
sión obliga a todos los jueces de la misma categoría y a -  
los inferiores, y cuando la Cámara de los Lores ha aproba-  
do determinada interpretación, ésta tiene fuerza obligato-  
ria para todos los tribunales y únicamente puede ser anula  
da o modificada por la legislación.

La situación es algo distinta en el Continente. En -  
teoría, los precedentes no obligan al juez español ni al -  
francés pero, en la práctica, las sentencias del Tribunal  
Supremo en Española o de la Cour de Cassation en Francia,  
aunque no sean absolutamente obligatorias se consideran -  
por los tribunales inferiores como concluyentes.

El Tribunal Supremo de España, no obstante, puede -  
apartarse de sus decisiones anteriores y también la Cour -

---

(405) Véase: Lambert, Pic y Garrand, The Sources and Inter-  
pretation of Labour Law in France, "International Labour -  
Review", t.XIV, 1926, pág 24.

(406) Véase: Abdelmoneim el-Bedrawi, Principios del Dere--  
cho Civil comparado, 2ª ed., 1970, El Cairo, pág 91 y sigs.

de Cassation francesa, salvo excepciones. (407)

El resultado es que, un juez continental puede siempre, si así lo estima, disentir de cualquier interpretación dada por otros jueces a un determinado precepto legislativo.

Sin embargo, no es probable que lo haga, si el tribunal de jerarquía superior ha proclamado en varias ocasiones la misma interpretación (es cuando hay una "constante jurisprudencia") especialmente cuando tal tribunal es el más elevado en la categoría jurisdiccional. (408)

Además, siempre hay la posibilidad de que los jueces ingleses o americanos estén obligados por un precedente, - mientras que en el Continente, a falta de "jurisprudencia constante", los jueces pueden dar, libremente, la interpretación que les parezca más justa sobre los mismos textos.

---

(407) Véase: Allen, *Law in the making*, 3ª ed, pág 151 y sigs.; Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, "Law Quarterly Review", vol L, pág 40; Place of the Case in the common and civil law, "Tulane L.R.", vol VIII, pág 334; Ireland, *The use of Decisions by the United States Students of Civil Law*, "Tulane L.R.", vol VIII, pág 358; Lambert y Wasserman, *The case method in Canada*, "Yale L.R. vol XXXIX, pág 1; Angel, *Case law in France*, "Journal of C. L." (3ª serie), vol XVI, 1934, pág 1; Lambert, Pic y Garrand, *Les sources et l'interpretation de la legislation du travail en France*, "Revue internationale du Travail", tomo XIV, 1926, pág 1; Pound, *The theory of judicial decision*, "Harvard L.R.", vol XXXVI, pág 641; Lipstein, *Doctrine of precedent in continental law*, "Journal of C.L.", 3ª serie, 1946, pág 34; Cohn, *Precedents in continental law*, "Cambridge L.J.", vol V, 1935, pág 366; Geny, *Méthode d'interpretation el sources en droit privé positif*. tome 1, pág 145 y sigs.

(408) Véase: Amos, *The code Napoleon and the Modern World*, "Journal of C.L." 3ª serie, t.X, 1928, pág 225; Pound, *The theory of judicial decision...* ob. cit. pág 641 y sigs.

En España, los juristas españoles tratan el problema "interpretación" partiendo del concepto: "el fin genérico de la norma es regular la vida social; fin que se consigue aplicándola. Pero para aplicarla hace falta conocer su sentido; lo que se consigue mediante la intepretación". (409)

Ya que el contenido de la interpretación y consigui-  
entamente la investigación de las normas, en el ordenamien-  
to jurídico español, consiste en el estudio de las fuentes  
positivas "realizando las operaciones mentales que requie-  
ren fijar la prelación y la exclusión jerárquica de las -  
mismas" dice el Profesor Pietro Castro (410). Y comenta -  
más adelante que, el problema de la vigencia consiste en -  
un examen puramente histórico de las fuentes o en una ope-  
ración interpretativa, a su vez, o ambas conjuntamente, -  
por donde queden resueltas las cuestiones que sobre todo -  
el derecho intertemporal plantea. (411)

Conviene tener en cuenta, no obstante, que el proble-  
ma de la interpretación del Derecho extranjero, en el orde-  
namiento español, debe resolverse en la forma que lo hagan  
los propios Tribunales del país al que pertenece la norma,

---

(409) Véase: Manuel Albadalejo, Derecho Civil, I, vol I, -  
4ª ed., 1975, pág 129; Interpretación de un precepto es -  
"la indagación de su recto sentido", dice la sentencia de  
21 marzo, 1968. Véase también Pedro Aragoneses, Proceso y  
Derecho Procesal, Madrid, 1960, pág 800 y sigs.

(410) Véase, art. 1º del Código Civil español, "art. 1º 1.  
Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley -  
la costumbre y los principios generales del derecho". Véa-  
se también art. 1º de la ley de Enjuiciamiento Civil de Es-  
paña "El que haya de comparecer en juicio, tanto en asun-  
tos de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria,  
deberá verificarlo ante el juez o Tribunal que sea compe-  
tente, y en la forma ordenada por esta ley".

(411) Véase: L. Prieto Castro, Tratado de Derecho Procesal  
Civil, tomo I, ed. Aranzadi, 1982, pág 180.

así viene exigido por la jurisprudencia española, cuando solicita de los jueces españoles que se coloquen en el lugar de los Tribunales extranjeros, y a tal fin va encaminada la exigencia "de la presentación de dos dictámenes conformes emitidos por juristas extranjeros acerca de la interpretación de la ley en su país". (412)

El sentido que debe buscar la interpretación:

Antes de abandonar este tema puede ser interesante - que nos refiramos a un problema que ha originado una vasta controversia en los círculos jurídicos del Continente. Se ha observado que cuando se hace referencia a la intención del legislador, la palabra "INTENCION" no es del todo clara.

Para decirlo de otra manera, el problema estriba en si nosotros tenemos que suponer que el legislador tuvo sólo en consideración las circunstancias existentes en el momento de la promulgación de la ley o si quiso establecer un precepto para el futuro que fuese maleable y, por consiguiente, que pudiese adaptarse a las distintas condiciones variables.

En opinión del distinguido jurista español, Albadalejo, el sentido que debe buscar la interpretación es el de la norma en sí. Y debe buscarlo:

---

(412) Véase: Eduardo Gutierrez de Cabiedes, Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título preliminar al Código Civil, Anuario de Derecho Internacional, II, 1975, pág. 73.

"1º. Bajo la orientación general que impongan los - principios generales del ordenamiento y bajo la especial que proceda de los propios del sector jurídico a que pertenezca la norma.

2º. habida cuenta del fin de la norma". (413)

En realidad, los juristas del Continente describen el problema "INTENCION" como un conflicto entre las teorías de la interpretación subjetiva.

Según las teorías subjetivas, el deber del juez es - descubrir las intenciones del legislador en el momento en que la ley que se interpreta fue promulgada; esto es, debe considerarse solamente las circunstancias existentes cuando apareció la ley.

El cambio, los partidarios de la teoría objetiva dirían que el precepto ha de interpretarse de acuerdo con - las circunstancias que concurren en el momento en que se - realiza la interpretación. Gutteridge, subraya que la teoría objetiva "encierra un sistema de interpretación progresiva o teológica, que confiere un aspecto distinto a la ley en cada época diferente, aunque su texto permanezca invariable". (414)

---

(413) Véase: Manuel Albadalejo, Derecho Civil, I, vol I, 4ª ed., 1975, pág 131 y sigs. "el art. 3, núm 1, al final del Cc dice que las normas se interpretarán "atendiendo - fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". La interpretación "debe inquirir sobre todo cuál sea, dentro del total ordenamiento jurídico, la ratio y finalidad del precepto", Id. pág 132.

(414) Véase: Gutteridge, ob. cit. pág. 171.

Concluyendo pues, que la ausencia de un Tribunal Internacional al que podamos acudir para que fije definitivamente una cuestión, habrá siempre la posibilidad de que la aplicación de leyes uniformes origine confusiones. No solamente hay una diferencia entre la interpretación de una de estas leyes en Inglaterra y en el extranjero, sino que, incluso dentro de las fronteras de un mismo Estado del Continente, pueden darse interpretaciones dispares, de manera - que el derecho de un litigante puede depender, en definitiva, más del lugar donde se deduce la pretensión que de la aplicación del principio jurídico de que se trata.

De esta forma, las partes litigantes pueden repetir su acción a fin de lograr una sentencia más conveniente, - lo que constituye una de las taras del Derecho Internacional Privado actual.

CAPITULO VII

El Tratamiento Constitucional

del Derecho Extranjero



## CAPITULO VII

### El Tratamiento Constitucional

#### del Derecho Extranjero

#### Plan de este Capítulo:

Se pueden postular una amplitud de funciones o una moderada comisión de cometidos de los órganos encargados de administrar la justicia constitucional; pero cualquiera que sea la tesis que se defienda, es indiscutible que siempre corresponderá asignar a los Tribunales constitucionales el recurso de amparo, denominación esta última que corresponde a la tradicional de HABEAS CORPUS que los anglosajones han pretendido considerar de su exclusiva paternidad.

En cuanto al recurso de constitucionalidad, han de señalarse afinidades o divergencias con otros mecanismos comprobatorios, por ejemplo, el recurso de casación y el control de la legalidad de las leyes, como forma de control de la aplicación judicial de las normas materiales extranjeras.

Las afinidades se refieren a que en ambos supuestos se produce el fenómeno jurídico de confrontar una norma con otra de rango superior (ejemplo reglamento respecto de la ley) o una norma individual (sentencia) con una norma general (ley aplicable al caso concreto).

Las divergencias consisten, de una parte, en que tanto el recurso de casación como el control de la legalidad de las leyes corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria, mientras que el recurso de inconstitucionalidad, unas

veces se confía a la jurisdicción ordinaria, como en los Estados Unidos de Norteamérica y otros países que siguen su sistema, y otras a Tribunales especiales, como en el sistema germano-austríaco, seguido por la constitución de la - República Italiana, Francia, y por las Monarquías españolas.

Ahora bien, cualquiera que sea el órgano encargado de administrar la justicia constitucional a través del cual el juez realiza sus funciones, el objeto es siempre verificar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley material extranjera objeto de control.

Verificar si, realmente, se da o no la conformidad - con la Constitución será la cuestión de fondo del proceso o actuación de que se trate. Pero desde el momento que el Tribunal tiene limitada su jurisdicción a la inconstitucional*i*dad, es obvio que si será cuestión procesal de admisibili--dad que lo que se plantee ante el Tribunal sea, precisamen--te, la confrontación con la Constitución.

Pues, hemos llegado al punto, después de lo anterior--mente estudiado, en que ya podemos deducir, que toda deci--sión de un órgano jurisdiccional, goza a su favor, en prin--cipio, de una apariencia de legalidad. Pero la justicia exige que cuando esta apariencia sea falsa pueda ser destruida por el control jurisdiccional de aquella decisión.

A la presentación de tal control está dedicada la Sección XVII de este capítulo. Trataremos de deducir, en pri--mer término cuáles son los rasgos de control casacional que los jueces y tribunales de cada país, Inglaterra, Italia, - Francia y España, siguen cuando ante ellos se presenta el - problema de la legalidad de la norma material extranjera.

A continuación, en esta misma Sección, y para que la cuestión jurisdiccional no se presente tan aislada que en -

algunos puntos pudiera resultar incomprensible, es preciso estudiar con un decidido afán de síntesis la conexión utilizada para determinar, en cada sistema de los referidos, cuáles organismos judiciales son los que deben entender de ella.

En la Sección XVIII haremos una valoración del tratamiento constitucional del Derecho extranjero. Veremos en este planteamiento constitucional, que el juez no solamente comprueba si se ha producido una violación del orden público, sino que también en algunos casos, juzga si se ha incumplido una obligación contractual o si existe una falta cuasi delictual.

Por otro lado, veremos también que el juez constitucional, tiene facultad, pues, para resolver tanto respecto de los hechos, así como anular la decisión impugnada y sustituirla por la suya propia.

187

## SECCION XVII

### El Recurso de Casación como medio de Control de la Legalidad del Derecho Extranjero

#### Planteamiento General:

La aplicación de las normas de conflicto, al ser realizada por los tribunales, puede dar lugar a resoluciones - que los particulares afectados consideren injustas o erróneas y, en ciertos supuestos, establecen las leyes recursos que permiten corregir, si existieren, los vicios o errores de la resolución del Tribunal de instancia.

Generalmente, al recurso de apelación ante un tribunal superior, suele agregarse otra instancia suprema que - puede casar la resolución de instancia de darse los supuestos requeridos por la ley.

De una parte, en el Derecho Internacional privado, el tribunal de instancia puede incurrir en error o vicio en - una resolución que implique infracción de la norma de colisión del ordenamiento jurídico del foro, pero es, también, posible el supuesto de una equivocada aplicación de la ley extranjera declarada competente por la norma conflictual.

De otra parte, la violación de la norma de conflicto del foro produce, generalmente, la posibilidad del recurso de casación en las mismas condiciones que las restantes normas del derecho material. Pero no sólo de las reglas, ya - que las normas de colisión establecidas en los tratados en los que sea parte el Estado considerado, están equiparadas a las legales, e identificados los efectos de su infracción como base del recurso de casación.

#### El tratamiento en casación del Derecho Extranjero:

El recurso de casación es un medio de impugnación por regla general de resoluciones finales (definitivas), esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación y en algunos casos en única instancia, a fin de - que el tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la interpretación y la aplicación de las normas realizadas por el órgano de instancia (INDEX A - QUO); así define el prof. Prieto Castro el recurso de casación en general. (415)

La admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera es un problema que presenta importancia no sólo procesal sino desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

---

(415) Véase: L. Prieto Castro, Tratado de Derecho procesal Civil, tomo II, ed. Aranzadi, 1982, pág 444.

La Regulación del Recurso Casacional  
en el Sistema Inglés

Errores con respecto al Derecho Extranjero en los  
Tribunales Supremos:

En el Derecho comparado quizá no exista ningún reconocimiento expreso más claro como el del artículo 412 del Código Bustamante, que ordena: "En todo Estado contratante - donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del Derecho nacional". (416)

Ya que en muchos países, el Derecho extranjero se considera como un simple hecho, puesto que no se le puede oponer error en el Tribunal Supremo del país. Esta regla está relacionada con el sistema judicial continental: en ningún Estado del continente europeo, excepto los países escandinavos (417), los Tribunales Supremos están establecidos como tribunales de "apelación" (final) - como en Inglaterra - si no sólo como tribunales de CASSATION o REVISIO IN JURE; -

---

(416) Véase: Los Convenios de Montevideo, de 1889 y en la - revisión de los mismos llevada a cabo en 1940 (Protocolo - adicional, art. 3º).

(417) Véase: Wolff, Private International law, Oxford, trad. española de la obra inglesa por Marín López, Barcelona, 1958, pág 213.

están obligados a aceptar los descubrimientos de hechos de los Tribunales inferiores, y su tarea está limitada a una investigación dentro de las conclusiones legales sacadas de los hechos. En todos estos países, por esto, debe decidirse si el descubrimiento del Derecho extranjero es un descubrimiento de hechos o de una regla de derecho.

En la mayoría de los países se considera como un descubrimiento de hechos y por esto no sujeto a revisión o CASSATION.

Esto es así en particular en Francia, Alemania, Suiza, España, Grecia, Bélgica y los Países Bajos, siendo la razón que los Tribunales Supremos han sido creados con objeto de asegurar una interpretación correcta y uniforme del Derecho del país. (418)

El mejor método es considerar los errores sobre el Derecho extranjero como lo que son, es decir, errores de derecho, y consiguientemente, conceder el POURVOI EX CASSATION. "Esto es lo que han hecho Italia, Rusia, Portugal y particularmente Austria". (419)

---

(418) Véase: Niboyet, Manuel de droit international privé, 2ª ed, 1928, núm 482; Traité, III pág 617 y sig. Véase también H. Lewald, "Le contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères", 1936, pág 281.

(419) Véase: Wolff, ob. cit. pág. 214. También PrietoCastro, ob. cit. pág 529 y sig.

Para el Derecho inglés el problema no existe con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo. La Cámara de los Lores está capacitada para examinar cuestiones de hecho. En varios casos ha revisado la aplicación del Derecho extranjero. (420)

La Regulación del Recurso Casacional  
en Francia

Las grandes lagunas que el Derecho internacional presenta en muchas legislaciones hacen que sean los Tribunales los encargados de colmar esas lagunas en sus resoluciones.

En Francia, donde las posibilidades estaban muy restringidas, se experimentaron dificultades para anular resoluciones de Tribunales de instancia que desconocían esa jurisprudencia complementaria.

Poco a poco, se han ido conceptuando esas infracciones de la doctrina de los tribunales como violación, bien del art. 3º del Código de Napoleón, o del precepto del Derecho material francés que hubiera tenido que ser aplicado pro el Tribunal, de no haber sido llamada a ello - por la resolución jurisdiccional - una ley extranjera. (421)

---

(420) Véase: Los casos *Russion Commercial and Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse*, 1925, A.C. 112, 126. *Lazard Bros. v. Midland Bank*, 1933, A.C. 289, 298. Lewald - ob. cit. pág 299 y sig.

(421) Véase: *Batiffol. Traité*, ob. cit. t.I, pág 404.



Conviene, sin embargo, a los fines de nuestro trabajo y para mejor precisar el ámbito del control de casación en Francia, citar el comentario del Prof. Prieto Castro respecto a la regulación del recurso de casación en Francia que: "... había quedado prácticamente fuera del Nuevo Código de 1975; y han sido diversas leyes recientes o muy recientes - las que le han dado la fisonomía que actualmente tiene, y - entre ellas destacan las del 12 de julio de 1978 y las del 3 de enero y 7 de noviembre de 1979. (422)

La fórmula o cláusula general de la apertura única de casación se enuncia ahora diciendo que el recurso de casación tiene por objeto la censura por el Tribunal de Casación de la "non conformité" de la sentencia impugnada a las "regles" de derecho. (423)

Ya que, la práctica se ha encargado de dar un contenido más próximo al recurso, señalando los casos "d'ouverture" que, según los autores, son distintos en enunciado y en número, aunque son o deben ser exceso de poder, incompetencia, inobservancia de las "formas", defectos de motivación - de de faut de base légal -, sentencias contradictorias, desaparición del fundamento jurídico (por cambio de normas). (424)

Junto a esta tesis, y en cuanto a la jurisdicción que ejerce el Tribunal de Casación, dice el prof. Prieto Castro que ya no es solamente negativa (es decir, anulación y reme

---

(422) Véase: Prieto Castro, ob. cit. pág 530.

(423) Véase: Id. pág 530.

(424) Véase: Id. pág 530. Cons. Vincent-Guinchard.

sa al órgano de instancia para que decida), sino que desde 1967 se ha consagrado la posibilidad de que sea positiva, - esto es, decidiendo sobre el fondo también.

#### La Regulación del Recurso Casacional en el Ordenamiento jurídico italiano

Hemos señalado, y volveremos de nuevo sobre ello, aunque se trate, sin duda, de una deficiencia de la vida jurídica internacional, que la realidad es que los Tribunales mantienen la consideración del Derecho extranjero como un simple hecho y no aceptan la anulación de las resoluciones judiciales por infracción del mismo.

Naturalmente, hay excepciones; ejemplo es la de la jurisprudencia italiana que, desde principios de siglo (1904), viene considerando en sus resoluciones como "Derecho" a la ley extranjera, con lo cual la infracción de la misma por el tribunal de instancia puede ser alegada en casación.

#### Respecto del juicio de casación:

Este se limita, en efecto, al control de los errores de Derecho (errores juris in iudicando et in procedendo), y de ahí la consecuencia de que si los problemas de la interpretación del Derecho extranjero representasen meras cuestiones de hecho, su control, ya por esta razón, podría considerarse excluido en casación.

Para Mauro Cappelletti esta exclusión, no sería nece-

sariamente completa. Ante todo, también las reglas en materia de prueba de los hechos son reglas de Derecho cuya violación puede dar lugar a recurso de casación por error JURIS IN PROCEDENDO. (425)

De otra parte, la casación ha admitido también "por - omitida, insuficiente o contradictoria motivación acerca de un punto (de hecho) decisivo de la controversia, planteado por las partes o denunciado de oficio ". (426)

Finalmente, aún considerando el Derecho extranjero al igual que los elementos de hecho, quedaría siempre abierta, sin embargo, la posibilidad del recurso de casación, bajo - el aspecto de la (indirecta) violación de las normas de con flicto.

Hay que agregar, para entender mejor dentro de un encuadramiento comparativo este último aspecto de nuestra indagación, que el derecho de la parte vencida a promover el recurso de la casación sobre las "violaciones de ley" cometidas por los jueces ordinarios y en parte también por los jueces especiales, está garantizado por la Constitución misma de la República Italiana, como derecho fundamental que - no puede ser limitado siquiera por el legislador (Constitución, art. III); y que ni la Constitución ni la ley ordinaria distinguen entre violación de leyes extranjeras y violación de normas italianas. De lo cual se siguen dos consecuencias seguras:

---

(425) Véase: Art. 360.4 del Código Procesal Italiano.

(426) Véase: Art. 360.5 del Código Procesal italiano.

a) La Corte de casación italiana tiene entre sus funciones la de garantizar la interpretación uniforme de la ley y, por tanto, la unidad del Derecho en el plano nacional, (427) pero tiene y ha tenido siempre también la función de garantizar ante todo la "exacta observancia de la ley, o sea, de tutelar contra todas las violaciones de las normas de derecho cometidas por los jueces de mérito, aunque no sean o no parezcan tales, que incidan sobre aquella "uniformidad". Que ello implique un fuerte agravamiento del trabajo de la Corte de Casación italiana, con la consiguiente excesiva duración de los procedimientos, hay que admitirlo, a la verdad, así como hay que admitir también, a nuestro juicio, la oportunidad, tanto en otros países como en Italia, de someter a serio examen de "jure condendo" una restricción de la admisibilidad del recurso en casación a causas de particular relevancia jurídica, de conformidad con la práctica, - más todavía que de la Cour de Cassation francesa, de la -

---

(427) Véase: Art. 65 de la Ley sobre el ordenamiento judicial (real decreto del 30 de enero de 1941, nº 12): "La Corte Suprema de casación, como órgano supremo de la justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, la unidad del Derecho objetivo nacional...". En las anteriores leyes acerca del ordenamiento judicial, o sea, en el texto único del 30 de diciembre de 1923, nº 2786 (art. 61), real decreto ley de 14 de diciembre de 1921, nº 1978 - (art. 63), y real decreto del 6 de diciembre de 1865, nº 2626 (art. 122), la fórmula usada era, en cambio, solamente la de la exacta observancia de las leyes: "La Corte de casación está instituida para mantener la exacta observancia de la ley". Véase: Mauro Cappelletti, El valor de las sentencias... ob. cit. margen pág 168.

House of Lord inglesa y de la Supreme Court norteamericana.  
(428)

Pero aparte de la consideración de que dicha reforma exigiría en Italia un procedimiento de revisión constitucional, excluiría decididamente en todo caso la oportunidad de extender una tal reforma a los errores concernientes al Derecho extranjero.

Cabe citar, en este sentido, la tesis mantenida por ZAJTAY (429), si es verdad que, raramente la cuestión relativa a una norma de un determinado Derecho extranjero volverá a presentarse en otros casos ante los jueces nacionales, razón por la cual desde este punto de vista rara vez una determinada cuestión de interpretación del Derecho extranjero puede asumir relevancia "general", es verdad también, sin embargo, que en un mundo en el cual las fronteras de las relaciones humanas se van ampliando progresivamente, la sensibilidad a las cuestiones de carácter internacional se va acentuando también correspondientemente: y de ahí que vengamos a asumir relevancia jurídica "general" también los casos por si mismos únicos e irrepetibles.

como escribe Cappalletti, sustraer a la Corte Suprema de un país el control de los errores de interpretación del Derecho extranjero significaría confinar esa difícil y deli

---

(428) Véase: D. Karlem, Appeals in England and the United States, en The Law Quarterly Review, 78, 1962, págs 371, - 377-378.

(429) Véase: Zajtay, I, Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit international privé français, París, Pedone, 1958, número 146 y sigs.

cada tarea, susceptible de resonancia general e internacional, a órganos judiciales periféricos, no siempre dotados - de la posibilidad de información que por lo común no falta a los órganos supremos de justicia. (430)

b) En segundo lugar, de ello se sigue también la consecuencia de que no tendría base alguna de Derecho positivo en Italia una concepción que, aún partiendo de la premisa - de que las cuestiones atinentes al Derecho extranjero sean verdaderas y propias cuestiones de Derecho, excluyéndose, - sin embargo, el control de ellas por parte de la Corte Suprema. (431)

Las soluciones jurisdiccionales del recurso de casación  
ante la Corte di Cassazione:

La Corte de Casación italiana ejerce jurisdicción negativa o rescidente, como regla general, de modo que cuando estima el recurso remite el asunto a otro órgano de instancia del mismo grado que el del autor de la resolución casada, excepto cuando el tema del recurso fuese de jurisdicción o de competencia, casos éstos en los que el Tribunal de Casación determina cuál será el órgano competente y esta tuye sobre dicha competencia. (432)

---

(430) Véase: M. Cappelletti, ob. cit. pág 170.

(431) Véase: Id. pág 171.

(432) Véase: Arts. 383 y 382 Código de procedimiento civil italiano; Véase también, Prieto Castro, Tratado... ob. cit. pág 531.

Veamos ahora, pues, cuáles sean las soluciones jurisprudenciales que se han ido afirmando en relación a los probelmas que estudiamos.

En efecto, aunque es correcto que la posición jurisprudencial predominante, al menos a partir de 1931 (433), - ha sido en el sentido de admitir el recurso de casación, - también por violación o falsa aplicación de la norma extranjera reclamada por las normas italianas de conexión, pero - es verdad también que hay una serie muy numerosa de sentencias, incluso de la Corte de Casación, en las cuales se ha afirmado explícitamente que el Derecho extranjero se configura como elemento de hecho, y no como elemento de Derecho. (434)

Hay que reconocer, sin embargo, que de esta configuración la jurisprudencia italiana se ha servido para sacar de ella consecuencias prácticas, que con el correr de los años fueron haciéndose cada vez más limitadas: en sustancia, al

---

(433) En cuanto a dos precedentes que remontan ya al año - 1904 (casación de Turín) y al año 1905 (casación de Florencia) véase: C. Cereti, *Il rinvio al diritto straniero*, Provo, conoscenza e posizione della legge straniera richiamata, en *Riv. Dir. Proc. civ.*, 1936, parte II, pág 107.

(434) Véase: Quadri, R. *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1961, pág 175. Monaco, *L'efficacia delle legge nello spazio*, Torino, Utet, 1964, pág 112 y sig. Venturini, G. *Il principio jura novit curia e le leggi straniere*, en *Annali di diritto internazionale*, 1951, pág 19. Durante, F. *La prova del diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativo*, XXIX, 1953, - pág 73, 76, 79, 82. Giuliano, M. *Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux*, en *REvue international de droit comparé*, XV, 1962, 20.

exclusivo objeto de justificar dogmáticamente las innegables dificultades del juez en la búsqueda de la norma extranjera. Sin embargo, se ha configurado ciertamente, sobre la frágil base dogmática antedicha, la existencia de una "carga de prueba", de la parte que pide la aplicación del Derecho extranjero, pero esa carga se ha limitado luego, a lo más, a la hipótesis de que el juez no hubiese conseguido de algún modo, aún por su propia ciencia privada, llegar al conocimiento de la norma extraneja aplicable (la llamada carga "limitada" o "imperfecta" de prueba), en cuyo caso podía y debía él aplicarla, en cambio, incluso de oficio, al igual, por tanto, que un "hecho notorio" y, además, aún sin necesidad de requerimiento ("alegación") de parte.

Conviene, sin embargo y como escribe Cappelletti, subrayar que, la teoría de la "FACTUALIDAD" quedaba de este modo profundamente atenuada y "casi derrocada", ya que se llegaba a afirmar un poder, sino también un deber, del juez de procurarse de oficio el conocimiento del Derecho extranjero (435). Y esa atenuación o derrocamiento se respetaba, si era posible. con mayor claridad aún cuando - en vez de servir de la fácil pero a menudo injusta solución dictada por el principio, válido precisamente en cuanto a los hechos, de "actore non probante, reus absolvitur", o sea, no probando el actor, el demandado debe ser absuelto, en caso de no verificación de la norma aplicable se prefería casi siempre recurrir a la aplicación de la LEX FORI más bien -

---

(435) Véase: Cereti, C. Il rinvio al dir. stran., ob. cit. pág 105 y sigs. Esta solución fue teorizada en Italia especialmente por Chiovenda y Calamandrei (cit. en Cappelletti, ob. cit. pág 177).



que a la solución del RECHAZO; o cuando se afirmaba que "co-  
rrespondiendo al juez en virtud del principio JURA NOVIT CU-  
RIA, comprobar de oficio qué ley debía aplicarse a la con-  
troversia a él sometida, nunca podría la parte incurrir en  
la "DECADENCIA" del derecho a pedir la aplicación de una de-  
terminada ley por no haber formulado a tiempo la excepción  
correspondiente" (436), o todavía, cuando se afirma la pre-  
cisa obligación del juez, en defecto de su conocimiento di-  
recto de la norma extranjera, de disponer EX OFICIO las pro-  
videncias instructorias oportunas para adquirir la prueba -  
de ello, aún consintiéndose, sin embargo, a dicho juez que -  
descargara esa su obligación en la parte interesada, invi-  
tándola a que provea ella a la adquisición de la prueba indi-  
cada por el (437), cuando se negaba, por tanto, en materia  
de Derecho extranjero, el vínculo del juez a mentenerse den

---

(436) Véase: Casación, 19 de diciembre de 1937, nº 3419, -  
Faggio contra Soc. Lloyd Triestino, en la Settimana de la -  
cassaz. 1938, col. 158.

(437) Véase: Casación, 31 de julio de 1941, nº 2497; Casa-  
ción, 4 de marzo de 1942, nº 600, Soc. Addizionatrici con-  
tra Fletcher, en Rep. Ciur. it. 1942, Voz Procedimiento ci-  
vile, nº 16 ("cuando la norma de ley extranjera (...) no -  
sea de perfecto conocimiento del juez, éste debe hacer ad-  
quirir para la causa, al cuidado de la parte interesada, la  
prueba con todos los medios idóneos a ese fin"); Casación,  
28 de diciembre de 1942, nº 2766, Monselles contra Ficher,  
en Rep., Foro it., 1942, Voz Procedimiento in materia civil-  
le, nº 155 ("el juez, cuando no conozca la ley extranjera -  
que deba aplicarse a la relación sometida a su juicio, tie-  
ne el poder-deber de imponer a las partes que le provean,  
con todos los medios aptos para ese fin, el contenido de la  
mencionada ley, y no puede, aduciendo la ignorancia de ella,  
reguñar la relación según la ley italiana y menos todavía -  
negarse a proveer sobre dicha relación"); Véase también Ca-  
sación, 28 de abril de 1949, Officine Meccaniche Zanzi, con-  
tra Zublema en Annali di dir. int. 1949, págs 374 y sigs.

tro del ámbito de los "allegata et probata partium" (438); y se reconocía, por último, al juez y a las partes la posibilidad de servirse de "cualquier medio idóneo" para probar la ley extranjera, y al juez la más amplia libertad de valoración, sustrayendo, por consiguiente, plenamente la prueba de la ley extranjera a las reglas normales limitadoras de la admisibilidad o vinculantes de la apreciación de las pruebas. (439)

---

(438) Véase: Tribunal de Roma, 4 de julio de 1958, Rosellini contra Bergman en Giur. Siciliana, 1961, págs 65,77 (aún "excluyéndose que el juez italiano esté obligado a conocer la ley extranjera, la afirmación consiguiente de que dicha ley, a semejanza de un hecho, deba ser probada por quien la invoca en juicio, no lleva, sin embargo, a la absoluta equiparación de la norma extranjera a un hecho material: el juez en esta materia, está exento de la observancia rigurosa del principio de la disponibilidad de las pruebas establecido por el art. 115 del Cód. proc. civ. y puede, más allá del límite del JUXTA ALLEGATA ET PROBATA, desplegar actividad de oficio encaminada a integrar la certificación de la ley extranjera; en caso de falta de prueba de dicha ley, no debe, en observancia del principio ACTORE NON PROBANTE, rechazar la demanda, sino que tiene que examinar, en cambio, su no puede tal vez acogerse la mediante la aplicación de la ley italiana").

(439) Pueden interesar a este respecto los Pronunciamientos siguientes: Casación 29 de marzo de 1929, Bartolaso contra Aspegren, en Giur. it., 1929, parte I, sec. I, cols. 964 y sigs. (admisibilidad de un certificado de la Cámara Italiana de Comercio en Nueva York); Casación, 29 de enero de 1939, Vannini contra Troili, que admite también la prueba por testigos del derecho extranjero cuando encuentre éstos sus fuentes en la práctica jurisprudencial y los usos locales (quedando en firme la admisibilidad siempre de la consulta técnica); Casación 31 de julio de 1941, nº 2497 y Casación, 4 de marzo de 1942, nº 600, que admiten "todos los medios idóneos a este fin"; Apelación de Milán, 8 de mayo de 1953, Bruckmann contra F.N.C. (admite la exhibición del dictámen redactado por un profesor de Derecho y la del certificado de un Cónsul extranjero)

Hacia una nueva orientación jurisprudencial de la  
Corte de Casación italiana:

Con la sentencia nº 1089 de 1959 parece a la verdad - haberse iniciado una nueva orientación de la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana. Esta, decididamente, como es de augurar, abandonando definitivamente el recurso, más o menos cómodo, de la concepción de la "FACTUALIDAD" - concepción que, a la verdad, algunas sentencias anteriores habían negado ya explícitamente -, parece haberse hecho ya - consciente de la oportunidad de desembarazarse de ciertas - fórmulas conceptuales antiguas, como la de carga (así sea "limitada) de la prueba, y concentrar su atención más bien en los poderes y deberes del juez en la declaración de certeza y la aplicación del Derecho extranjero a que remiten - las normas italianas de conflicto.

El criterio de "COLABORACION" de las partes con el juez y  
el recurso de casación en Italia:

Uno de los problemas más interesantes que plantea el recurso de anulación es el de los límites del control de la legalidad.

Pues, el problema fue planteado ante la segunda sección civil de la Corte de casación italiana, el 13 de abril de 1959, nº 1089, en causa Zaffarno contra Di Monte (440).

---

(440) Véase: Riv. dir. int., 1959, págs 620 y sigs; Giur. - it., 1960, Parte a, sec. I, cols. 558 y sigs.; Quadri, Lezioni... ob. cit. pág 176; Micheli, Jura novit curia, en - Riv. di dir. proc., 1961, pág 583-586 y Giuliano... ob. cit. pág 23.

La Corte de apelación de Bari había reconocido la invalidez, a tenor de la ley de Pensylvania, de un testamento, admitiendo que "la Zaffarano, no sólo no había suministrado - la prueba de la ley extranjera y de la conformidad del testamento a ella, sino que de los documentos exhibidos resultaba incluso la no conformidad de la cédula (testamentaria) a la ley del lugar".

La Corte de casación anuló aquella decisión, resolviendo que la Corte de mérito había errado en la interpretación del Derecho extranjero, el cual no implicaba, para la validez del testamento, ciertos requisitos considerados en cambio necesarios por la Corte de Bari.

La Corte Suprema expresa en la manera siguiente su enseñanza a propósito del tratamiento judicial del Derecho extranjero:

PRIMERO - Debe rechazar la "opinión corriente" jurisprudencial que, equiparando el Derecho extranjero a un ELEMENTO DE HECHO, hace gravar la CARGA DE LA PRUEBA de él sobre la parte que la invoca.

Tal opinión, según la Corte, es errónea, porque - aún excluyéndose que el reenvío que las normas italiana de Derecho internacional privado hacen al Derecho extranjero deba configurarse como remisión recepticia - el Derecho extranjero "es considerado, sin embargo, por el ordenamiento jurídico italiano como un conjunto de preceptos", de lo cual debe inferirse "la norma apta para resolver la controversia, en cuanto NORMA JURIDICA, así sea de otro ordenamiento".

SEGUNDO - "El conocimiento de esa norma jurídica extranjera" no constituye, evidentemente, parte de la ciencia oficial del juez italiana, ya a diferencia de lo que ocurre

con la ley nacional, que es o debe presumirse conocida por el juez, es caso lo que tiene de común con los hechos jurídicos alegados en el proceso: el requisito de la falta de certeza. Pero, mientras la falta de certeza de los hechos jurídicos debe eliminarse de conformidad con normas precisas - acerca de la absolución de la carga de la prueba, la eliminación de la falta de certeza acerca del Derecho extranjero que aplicar no constituye objeto de una verdadera y propia carga, sino objeto de COLABORACION DE LAS PARTES CON EL - JUEZ".

TERCERO - "Los resultados del no cumplimiento de la - carga de la prueba y de la no colaboración, respectivamente, pueden coincidir, pues, si tanto los hechos jurídicos como los Derechos extranjeros son ignorados o continúan inciertos, se rechazan las pretensiones o las excepciones".

CUARTO - Sin embargo, pese a esta coincidencia de los resultados, "la diferencia de los presupuestos es sensible: pues mientras en la incertidumbre de los hechos jurídicos - jamás puede el juez suplir con su ciencia directa (a no ser que se trate de notoriedad, pero entonces la falta de certeza se excluye A PRIORI), en la no colaboración de las partes al juez, en lo que atañe al Derecho extranjero, puede SUPLIR CON SU PROPIO CONOCIMIENTO. Esto importa que tiene que extraerla él, no ya sólo de sus conocimientos e investigaciones directas, sino de todo elemento adquirido para el - proceso exhibido por las partes, aunque no presentado por ellas a este fin". Como dice M. Cappalletti, dicho poder - y hasta dicho deber - vale también para la Corte de Casación.

Valoración de la nueva orientación jurisprudencial y el -  
principio del control de la legalidad del Derecho extran-  
jero:

Con la sentencia de 1966, el círculo se ha cerrado ya completamente. De una posición de abierta discrepancia entre jurisprudencia y doctrina, se llega, a través de una serie de atenuaciones de las posiciones jurisprudenciales, a este recentísimo y pleno acogimiento de las posiciones doctrinales.

La sentencia, con fecha del 16 de febrero de 1966, en causa Finaly contra Municipio de Florencia (Alcalde La Pira), Bounin, Thomas de Barbarin, Le Bret y otros, se trataba en especial de comprender en su significado preciso el complicado principio francés de la "saisine" hereditaria, para ver si se lo había aplicado correctamente al caso por la corte inferior.

La conclusión de la corte de casación es que no había habido la pretendida violación de ley, "siendo la decisión (del juez de mérito) concordante con los principios inspiradores del Derecho privado francés". Pero ante todo la Corte encaró también el problema preliminar, a saber, el "de la censurabilidad en casación de la 'violación de ley' de normas extranjera". Y a este propósito, resolvió:

PRIMERO - Que la norma extranjera a que remite la ley italiana de conflicto, "es una norma que tiene eficacia jurídica dentro del Estado", puesto que la ley de remisión "funciona como norma sobre la producción jurídica", y por tanto, "inserta en el ordenamiento interno normas que extraen de dicho ordenamiento el carácter de juridicidad, aunque su contenido sea determinable con referencia al ordenamiento extranjero indicado".

SEGUNDO - Que la "consecuencia" de la anterior premisa es que "respecto de las normas extranjeras el juez italiano se encuentra en la misma posición en que se halla respecto de las normas nacionales, incluso en el ámbito procesal, y no es justificable, por tanto (...), excluir de la censurabilidad (en casación) por violación de ley la comprobación de la ley extranjera".

TERCERO - Pero la Corte fue más lejos. Llevó regurosamente la premisa a todas sus consecuencias, tanto en el plano del deber del juez, como en el de los INSTRUMENTOS para cumplirlo. En el plano del deber, afirma, efectivamente, la Corte que "la determinación y comprobación de las normas de la ley que aplicar al caso concreto, atañe al oficio del juez, y de ese deber, que refleja la posición de la premisa mayor del silogismo desvinculado respecto de la norma extranjera por el hecho de que el conocimiento de ella no constituya parte de su ciencia oficial. Efectivamente, el principio jura novit curia impone la OBLIGACION de proceder EX OFICIO a la comprobación de la norma que aplicar".

CUARTO - En el plano de los instrumentos, la enseñanza de la casación es que el principio JURA NOVIT CURIA no impone, para el cumplimiento de aquella "obligación", un "determinado procedimiento", y por tanto, "el juez, para cumplir con su deber, puede y debe servirse de todo MEDIO IDONEO, y por consiguiente, puede hacer uso de la investigación directa, de los elementos adquiridos para el proceso, y también de la colaboración de las partes, la cual constituye, por tanto, una actividad subsidiaria respecto de la del juez, y no ejercicio de actividad inherente al ONUS PROBANDI que incumbe a las partes en orden a la verificación de los hechos alegados en el proceso. (441)

---

(441) Véase: Casación, 13-4-1959, nº 1089; Casación, 16-5-1963, nº 1241.

Examen crítico:

Antes de abandonar este tema, el recurso de casación como medio de control de la legalidad del Derecho extranjero, conviene, sin embargo, subrayar que es necesario, todavía, precisar el ámbito de esta actividad de los jueces italianos de interpretar la norma jurídica extranjera, dentro de la misión general encomendada al Tribunal de Casación de velar por el respeto de derecho en el control de la legalidad de dicha norma. Debemos, por tanto, tratar de señalar, frente a esa actividad que corresponde a los órganos nacionales, los límites de la actividad del control de la legalidad, competencia del Tribunal de casación italiana, como se ha dicho.

Sin embargo, para más precisar el tema, así como para atender más concretamente a los fines de nuestro trabajo - subrayamos que los resultados prácticos, al menos en esta materia, continúan válidos. Responden a una exigencia fundamental de la época contemporánea, de reconocer, lo más liberalmente posible, los valores jurídicos extranjeros, poniéndolos en el mismo plano que los nacionales. Toman en cuenta, además, las facilidades cada vez mayores que, incluso en virtud del gran progreso de los estudios comparativos, se ofrece a los jueces nacionales en la indagación y correcta interpretación del Derecho extranjero.

Por último, comportan una superación de la oscilante, incierta y precaria posición que había llegado a ser característica de la jurisprudencia italiana después de que ésta, apartándose de la rígida y ya insostenible concepción del Derecho extranjero como puro elemento de hecho, había afirmado el poder, pero no también el deber, del juez de desplegar las propias investigaciones y utilizar sus propios conocimientos personales en la verificación del Derecho extran-



jero: que era un modo tal vez acomodaticio, pero hoy ya no justificable, de remitir al arbitrio o a la pereza del juez la suerte de los derechos adquiridos por las partes.

La Regulación del recurso de casación  
en el Ordenamiento Jurídico español

Planteamiento general:

Cabe aún, para cerrar este esquema del control jurisdiccional de la legalidad, aludir a un mecanismo dispuesto por el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España y que, a nuestro modo de entender, constituye una auténtica excepción de ilegalidad. Tiene como finalidad, la constatación por el Tribunal, en un caso, y a instancias de una parte, del carácter ilegal de una norma no para anularla sino para descartar su aplicación.

En efecto, uno de los litigantes denuncia, con ocasión de un litigio en que se discute sobre la legalidad puesto que en el orden procesal, la Ley de Enjuiciamiento civil admite el recurso de casación "cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o doctrinas legales aplicables al caso" (442).

---

(442) Véase: Art. nº 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tal ocurre, como escribe Yanguas, con la evidencia, - cuando en el fallo no se aplica la ley extranjera declarada competente por nuestras normas de Derecho internacional privado, o cuando esa ley es erróneamente interpretada, o cuando, en vez de ella, se aplican indebidamente al caso las - disposiciones materiales de la legislación española distintas a regir hechos y relaciones de orden puramente interno. No obstante lo cual el recurso de casación no es admitido. (443)

Pues a nuestro entender, el carácter de la ilegalidad que dibuja el art. 1.692 de la L.E.C. no con el fin de provocar la anulación de leyes o doctrinas legales, sino para obtener del Tribunal la constación de su ilegalidad y que - se descarte, consiguientemente, su aplicación.

Ya que podemos afirmar que la forma adoptada por el - art. 1.692 de la LEC, y seguida por la práctica judicial española, no es más que un producto de la experiencia y de la elaboración jurisprudencial, elaboración que tuvo su origen precisamente en el art. 6º del Código Civil español que dispone: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto - controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto los principios generales del Derecho". Excluye, - pues, la doctrina legal, esto es, la jurisprudencia. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en cambio, si la admite, en su artículo 1.692. Disposición esta (de 1881) que ha continuado vigente después de la promulgación del Código Civil, (1889).

Dentro del control de la legalidad y al lado del recurso de anulación se sitúa la jurisprudencia española, que admite el recurso de casación por violación de normas de -

---

(443) Véase: José de Yanguas Messia, Derecho Internacional privado, parte general, 3ª ed., Madrid, 1971, pag 403.

conflicto, pero no por infracción ni por inaplicación de le yes extranjeras o de cualquiera de sus preceptos; a conti-- nuación desarrollamos más ampliamente este punto.

El problema de la infracción del Derecho extranjero  
designado como aplicable:

Hay que señalar, sin embargo - y ello se verá con más detenimiento en otro lugar de este trabajo - que existe una notable diferencia entre lo regulado sobre esta materia por el Tribunal Supremo y lo establecido por la doctrina.

Por esto y habida cuenta, de una parte, que el tema - de nuestro trabajo se refiere específicamente al régimen es- tablecido por el T.S. en materia del control casacional de las reglas conflictuales, asimismo nos remitiremos siempre al régimen establecido por el Tribunal Supremo, aún cuando, y para una mejor descripción de dicho régimen, aludamos - eventualmente al establecido por la doctrina española.

Esta doctrina se fue estableciendo de modo paulatino y quizá tuvo influencia decisiva en su consolidación la co- dificación del Derecho Civil al recoger en forma escrita - las principales reglas conflictuales del sistema español.

Partiendo de estas apreciaciones, es necesario dar - ahora a la distinción que venimos estudiando el adecuado - planteamiento, y tal planteamiento ha de estar necesariamen- te determinado por el quehacer fundamental encomendado al - T.S. en orden al control de la legalidad.

En efecto, lo que debe tratarse de determinar la labor

que caiga directamente bajo el control ejercido por el Tribunal Supremo en cumplimiento de la función que le señala - el art. 1.692 de la LEC. Dicho de otra forma ¿es absolutamente necesaria la alegación de la ley extranjera para que jueces y Tribunales españoles apliquen de oficio la norma - española de conflicto?

#### Desarrollo:

Muy diferente es la actitud de los Estados ante el - problema de la infracción del Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto. La consideración como elemento de HECHO, a efectos de alegación y prueba, es el principal argumento para negar la casación (444).

La jurisprudencia española admite el recurso de casación por violación de normas de conflicto, pero no por infracción ni por inaplicación de leyes extranjeras o de cualquiera de sus preceptos. O sea, la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo de España es clara en los puntos siguientes: La ley extranjera es un hecho; debe ser alegado por las partes, y la casación no es momento procesal oportuno para proceder a dicha alegación por primera vez; la prueba corresponde a las partes; a falta de alegación o prueba

---

(444) Miaja, califica esta actitud de "inconsecuente, pues, de ser cierto, no se explicaría cómo los tribunales inferiores aplican el Derecho extranjero en cuanto norma, ni que las normas de conflicto de otros países pueden operar un envío con eficacia jurídica al derecho de foro". Véase: Miaja de la Muela, Derecho inter. privado, 6ª ed., Madrid, 1972, t.I, pág 425; también Alejandro Herrero Rubio, Derecho inter. privado, II, 4ª ed., Valladolid, 1980, pág 268 y sigs.

suficiente de la ley extranjera, el juez ha de aplicar el Derecho positivo español; la aplicación judicial de la ley extranjera no es susceptible de recurso de casación, en cuanto se trata de un hecho.

Pues, bien, la jurisprudencia española, como hemos visto, ha venido considerando al Derecho extranjero como un simple elemento de HECHO. Así la sentencia de 1 de febrero de 1934, dice que ha sido repetidamente declarado por el Supremo Tribunal "ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes" (445).

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1934, dice que la "ley aplicable" tanto por la voluntad expresa de los cónyuges como por no haberse alegado otra, es la ley española".

De un modo sistemático, el Tribunal Supremo español ha venido rechazando la casación por infracción de la ley material extranjera y de otra parte, la tónica general ha sido la de aceptar con la normalidad a las normas conflictuales como base de un recurso de casación.

---

(445) Véase: Resolución de la D.G. de los R., 17 enero de 1951, "al no regir respecto a las leyes extranjeras la máxima jura novit curia, no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho".

A. El recurso casacional por infracción de la ley material extranjera:

La tradicional solución de la jurisprudencia viene reiteradamente la inadmisibilidad de la casación por infracción de ley extranjera competente, por estimarla cuestión de hecho. El profesor Puente Egido escribe que: es doctrina común entre los internacionalistas y procesalistas que el recurso de casación fundado en la aplicación defectuosa de ley material extranjera no puede prosperar. "Tal afirmación tiene una base jurisprudencial buena, ya que esta posición ha sido reiteradamente adoptada por el T.S. en distintos pronunciamientos" (446).

Pese a ello, teóricamente, no debiera existir obstáculo alguno, dada su naturaleza jurídica, para el conocimiento de la norma extranjera en el marco de la casación. A esta conclusión habría de llegarse, además, al constatar que la infracción de una ley extranjera aplicable supone la regla de conflicto de la que, como consecuencia jurídica, forma parte, afirma el profesor De Angulo (447).

Puede citarse en este sentido las sentencias de 20 de marzo de 1877 (448).

"...Considerando, respecto a los motivos 6º y 7º, que

---

(446) Véase: J. Puente Egido, Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo, Barcelona, 1981, pág 345.

(447) Véase: Miguel De Angulo Rodríguez, Lecciones de Derecho procesal internacional, Granada, 1974, pág 63.

(448) Véase: J.C. Vol. 36, págs 186 y sigs. nº 167.

conforme a lo declarado por este Tribunal Supremo no pueden ser motivos de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia aunqúe dichas leyes puedan alegarse como medios de prueba ante los Tribunales españoles y apreciarse en los pleitos:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la razón social J.B. Valdeavellano y compañía...".

También la sentencia de 19 de noviembre de 1904 (449). "... Consierando que es un hecho afirmado por el Tribunal - sentencionador que las actas de notoriedad, según la legislación francesa, son documentos suficientes para acreditar la cualidad de heredero abintestato, cuando no ha llegado a hacerse inventario de los bienes, mientras no se acredite su falsedad; y como para contradecir una afirmación de esta naturaleza no cabe alegar supuestas infracciones de la misma ley francesa, por no hallarse atribuida a este Supremo - la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, que es forzoso aceptar como cuestiones de hecho cuando fuere necesario para la aplicación del Derecho - patrio, no son de estimar las infracciones que en este concepto se alegan en el motivo segundo de los preceptos del Código francés y de la ley del 25:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Roland Landaburu..."

En la sentencia de 10 de diciembre de 1966 (450), se alega en recurso de casación por infracción de ley:

"... en el inicio del mismo se hace constar que la sucesión ha de regirse a tenor del artículo 10, apartado 2º, del Código Civil, con arreglo a la legislación de origen, - por ser el finado de nacionalidad inglesa, se añade que la compareciente hace constar su sucesión a título de herencia de los bienes que señala, con arreglo a la legislación inglesa, y por último que se adjudica los bienes con arreglo a su legislación de origen, términos que al ser valorados - por el Juzgador de instancia no pueden ser atacados como hechos, según pretende el motivo que se examina, y respecto a la prueba pericial practicada en relación a las normas legales de la legislación aplicable, no sólo afectan, como queda dicho, a materia en la que no existió disconformidad entre los litigantes, sino que por su naturaleza no cabe que sea objeto de impugnación en este recurso, según la constante doctrina de esta Sala, todo lo que conduce a la desestimación de este motivo, y con ella a la del recurso, con las consecuencias legales que ordena el artículo 1.748 de la - Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber - lugar al recurso de casación por infracción de Ley inter- - puesto por Doña Adelaida Durhan Garesse..."

Ahora bien, en algún fallo el T.S. se negó a entrar - en el fondo del recurso "por no venir consignado su texto - (el de la norma extranjera) en la sentencia como punto esen-



cial de hecho; lo que, a SENSU CONTRARIO, daría lugar a pensar que sí hubiera entrado de haber sido consignado. Un argumento semejante podría deducirse del fallo de 8 de octubre de 1888 (451).

Pero es que hay otros pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo ha reformado en casación el fallo de instancia en el que se había aplicado erróneamente ley extranjera.

En los fallos de 3 de mayo, 1929; 1 de julio de 1955; 18 de marzo de 1875 y 13 de febrero de 1974, en todos ellos comenta el profesor Puente Egido que "la reforma en casación vino dada porque la aplicación que el tribunal de instancia había hecho de la ley extranjera condicionaba la aplicación de la ley española" (452).

---

(451) Véase: J.C., Vol. 64, pág 393 y sigs, nº 101.

(452) Véase: J.C., Vol. 189, pág 65 y sigs, nº 11 (3 de mayo de 1929); Col. leg. Vol. 41, pág 5 y sigs, nº 289 (1 de julio de 1955); J.C., Vol. 31, pág 536 y sigs, nº 127 (18 de marzo de 1875) y Col. leg., pág 192, nº 66. Véase también Puente Egido, ob. cit. pág 346. Es de notar que, frente a esta actitud de la jurisprudencia, la doctrina española considera justificada y falta de consecuencia esta conducta, al negar el recurso por infracción de la ley extranjera designada competente por el derecho conflictual español; Véase: Precourat, Naturaleza y condición del derecho extranjereto relacionado por las normas de conflicto en Revista General de Derecho, Valencia, 1963, cit. en Alejandro Herretero Rubio, ob. cit. pág 271; Manuel De Lasala Llanas, Sistema español de derecho civil internacional e interregional, Madrid, 1933, pág 41.

B. El recurso en casación de las reglas conflictuales:

En efecto, una vieja sentencia de 1875, declaraba no ser posible la casación sobre la base de "doctrinas de derecho internacional privado ... no fundándose (éstas) en reglas invariables, ni citándose tratados especiales de nación a nación que hubiesen sido quebrantados".

La idea es perfectamente clara. "Los aspectos formales de la casación, así como el legalismo imperante en la época, imposibilitaban la estimación de un recurso de casación fundado en normas jurídicas que carecían de fijez al no haber sido plasmado en textos legales o convencionales" (453).

Ya que la violación de norma de conflicto internacional puede persentarse dos casos: la violación de tratado y de norma internacional de conflicto no escrita.

Los tratados suscritos y ratificados forman parte de la legislación interna. De ese modo ha sido reconocido por el artículo 5, nº 1, del C.c. y, por consiguiente, su violación dará lugar al recurso de casación en el fondo como si de ley española se tratara (en realidad, de norma española se trata desde su ratificación e íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado) (454).

---

(453) Véase: Puente Egido, ob. cit. pág 342 y sigs.

(454) De antiguo la jurisprudencia, en sentencias de 13 de enero de 1885, 7 de noviembre de 1896, 9 de julio de 1929, etc., así lo había declarado, aún en ausencia de norma expresa en este sentido.

En este orden de ideas el profesor Gutiérrez de Cabiedes, comenta que: "En el supuesto de existencia de normas internacionales de conflicto no escritas, por importantes - que fueran, si no están recogidas por la legislación interna o por la jurisprudencia, no podrán dar lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal respectivamente" (455).

En efecto, la infracción de norma de conflicto escrita da lugar a un recurso de casación por infracción de ley interna, ya que este carácter tienen las normas de conflicto recogidas por el Código Civil en los artículos 8 a 10 de su Título Preliminar (456). Es más, el carácter cogente o necesario de estas normas, consagrado por el artículo 12, - nº 6, párrafo primero, del mencionado cuerpo legal obligará al Tribunal Supremo a aplicar de oficio de estas normas - cuando conozca de los recursos de casación, ya que tal organismo jurisdiccional no está excluido del mandato que en el citado precepto se consigna: "Los Tribunales - todos - y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español".

Ahora bien, conviene que nos fijemos aquí en otro punto ciertamente importante que complementa al anterior; en concreto que otros casos a considerar son los de infracción de una norma de conflicto extranjera, aplicable por remisión a ella de la norma de conflicto nacional, en la hipótesis de reenvío, planteamiento de una cuestión preliminar o

---

(455) Véase: Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, Tratamiento procesal... ob. cit. pág 77.

(456) La infracción de norma de conflicto no escrita podrá fundamentar un recurso de casación por infracción de doctrina legal; Véase los artículos 1.691, causa 1ª, y 1.692, nº1, L.E.C.

incidental, o en la búsqueda del punto de conexión correcto (calificación).

De los tres supuestos por lo que respecta al ordenamiento español se podrá producir infracción de la norma de conflicto extranjera en el primero de ellos: el reenvío. Efectivamente, aceptado por el artículo 12, nº 2, del C.c. el reenvío que la norma de conflicto extranjera, aplicable por mandato de la norma de conflicto española, pueda hacer a la ley española, es posible la violación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma de conflicto extranjera, y, por tanto, su control mediante el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En los otros dos casos, cuestión preliminar y determinación del punto de conexión, dado el terminante mandato del artículo 12, nº 1 del C.c. de que la calificación para fijar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española, no permitiéndose en estos supuestos una remisión a normas jurídicas extranjeras, las posibles infracciones habrán de ser la "lex fori", con recurso de casación admisible, según los requisitos generales, por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley nacional determinante de la calificación.

Y si a pesar de aquel mandato el Tribunal llevase a cabo tal enjuiciamiento con arreglo al derecho de otro país, igualmente procedería el recurso de casación, esta vez por infracción del artículo 12, nº 1 del Código Civil, dice Gutiérrez de Cabiedes (457).

---

(457) Véase: Gutiérrez De Cabiedes, ob. cit. pág 78.

Concluyendo pues, y después de la promulgación del - Código Civil español, el control en casación de la aplicación de reglas conflictuales se hace sobre la base legal - del correspondiente precepto positivo:

- "Por haber resuelto cosa distinta la doctrina impugnada, se impone declarar que ha incidido en las infracciones que se indican... en cuanto a la equivocada aplicación del art. 10 del Código Civil" (458).

- "Se ha infringido por inaplicación, que es uno de - los modos reconocidos por esta Sala de infracción de la norma, el artículo 11 C.c., lo que obliga a la estimación del recurso" (459).

Hasta aquí hemos venido viendo cómo se desarrolla, en sus líneas generales, la regulación del recurso de casación, en el sistema español, en sus dos vertientes: recurso de casación por infracción de ley material extranjera, y control en casación de las reglas conflictuales.

Al lado de esta actividad de control se extiende otra que no tiene menor importancia y que se dirige a conseguir que la norma material extranjera no llegue adulterada, por así decirlo, a su aplicación. Trata entonces el Tribunal de lograr que el Derecho extranjero se interprete correctamente, eso es, de acuerdo con la auténtica y real intención del legislador que ha elaborado dicha norma.

---

(458) Véase: Sentencia del 10 de febrero de 1926, Col. leg. vol. 169, pág 466 y sigs., nº 113. También la del 18 de marzo de 1875, J.C. vol. 31, pág 536 y sigs., nº 127.

(459) Véase: Sentencia del 29 de septiembre de 1961, Col. - leg. vol. 101, pág 322 y sigs., nº 580.

## SECCION XVIII

### El Tratamiento Constitucional

#### del Derecho Extranjero

#### Planteamiento General:

La nulidad de la norma ilegal debe necesariamente ser constatada por una autoridad pública, el principio de la in constitucionalidad no tiene eficacia real más que si es pro visto de un control destinado a una labor de interpretación y confrontación de dos normas de distinta jerarquía, a fin de determinar su conformidad o disconformidad. Desde el pun to de vista procesal, bastará que se alegue la disconformi-  
dad con la norma constitucional.

En el derecho interno, la estructura del recurso de - la inconstitucionalidad de leyes es muy variable según los países: los recursos no están organizados, definidos y cla-  
sificados de igual forma en todas partes, Sin embargo, pue-  
de decirse que en casi todos los países se encuentran tribu-  
nales ordinarios o especiales para pronunciar sobre la cons-  
titucionalidad de las leyes.

Por una parte el recurso de la inconstitucionalidad, cuyo fin es el control de la legalidad de la norma jurídica y a través de los cuales, el juez constata y sanciona las -  
ilegalidades bien determinando la anulación de la misma, -  
bien evitando su aplicación.

Por otra parte, este recurso de inconstitucionalidad es distinto de los anteriores (de casación...) en cuanto al alcance de la demanda y al objeto del litigio, en el que el juez no se limita a un simple control de la legalidad de la norma, sino que su papel es más amplio desde el momento que tiene que resolver, a través de su decisión, la totalidad del problema controvertido ya que la sola anulación de la norma en cuestión, no bastaría para solventar el problema.

No se trata ya, pues, de una anulación o de una constatación de la ilegalidad de una decisión judicial (de rango inferior), sino de la posibilidad de modificar dicha decisión. se puede hablar, en este caso, de competencia de "plena jurisdicción".

A través de esta competencia y conociendo de este recurso, el juez resuelve, especialmente, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma material extranjera.

El papel del juez al comprobar la legalidad del Derecho extranjero aplicable:

Si las normas de conexión nacional citan la aplicación de una determinada ley extranjera, el juez debe antes de interpretar esa ley - comprobar que la norma aplicable constituye una ley, de acuerdo con los principios prevalecientes en el Estado extranjero, porque al juez no le está permitido, lógicamente, dictar una sentencia en el litigio según unas normas mantenidas por una de las partes en apoyo de sus pretensiones, si le parece que el ordenamiento jurídico que sigue a esa norma niega la naturaleza jurídica de la misma.

Si el juez está seguro de la naturaleza jurídica de la norma aplicable, ¿podrá, entonces, investigar su constitucionalidad y de acuerdo con qué Constitución, la nacional o la extranjera?

La necesidad de volver a los principios vigentes en el extranjero para estimar el alcance de la legalidad de la norma aplicable:

La ley extranjera no está constituida solamente de la legislación, sino de todo lo que se considera como fuente de Derecho, según el mismo ordenamiento jurídico. Este hecho nos exige la necesidad de volver a los principios generales en el Estado en el que las reglas de conflicto ordenaron la aplicación de su ley, para conocer lo que se considera como norma jurídica y lo que no se considera como tal (460).

Debe volverse siempre, pues, a las resoluciones establecidas en la jurisprudencia extranjera para ver qué se considera en ella como fuente del Derecho y qué no.

Si la jurisprudencia no fuera estable en un destino determinado, y si tampoco hubiera una disposición que regule el asunto en cuestión, el juez debe orientarse por la opinión mayoritaria de los juristas extranjeros. La opinión

---

(460) Véase: Arminjon: Précis de droit international privé, 3eme ed. Tome I, París, 1974, pág 387.



de los jurisconsultos no significa meramente las hipótesis personales, lo que han dicho algunos, sea cual sea su valor científico, sino que ello quiere decir que los jurisconsultos expresarán presumiblemente la opinión realmente prevaleciente en el Estado en que se aplica su ley (461).

Ahora bien, si el juez ratifica la legalidad de la norma extranjera aplicable ¿deberá comprobar su constitucionalidad?

No es posible abordar el tema de la constitucionalidad del Derecho extranjero sin hacerlo dentro de la problemática planteada por el órgano correspondiente encargado de su interpretación.

De otra parte, la doctrina ha prestado a este importante y complejo problema una preocupada atención y se ha esforzado en fijar en formas diversas los puntos cardinales que lo delimitan. No intentamos nosotros aquí (y no es, por otra parte el fin de este trabajo) realizar un análisis exhaustivo de esta problemática sino tan sólo precisar ciertos aspectos de la misma que han de servirnos de obligado presupuesto al objeto de encuadrar la función del juez nacional en relación con la interpretación prejudicial.

El punto más delicado de la cuestión y el que enfrenta, por ello, más radicalmente a las distintas posiciones es, sin duda, el de la inserción del Derecho extranjero aplicable en el ordenamiento jurídico interno.

---

(461) Véase: Mustafa Kamel Yassine, Problèmes relatifs à l'application du droit étranger, Recueil de Cours de l'Académie de droit international, 1962, tome II, pág 583 y sigs.

Si consideramos, que se trata de órdenes normativos - paralelos con ámbitos de aplicación diferentes, es necesario, entonces, medir escrupulosamente el sentido, que según este punto de vista, debe atribuirse al término "PREEMINENCIA".

No se trata, a nuestro modo de entender, de una primacía en un sentido jerárquico, esto es, no existe un Derecho internacional preeminente y unos Derechos nacionales subordinados.

Se trata, más exactamente, de una sustitución del Derecho nacional por el Derecho extranjero en aquellas esferas en las que se ha operado la elaboración de la norma de conexión o cesión de las competencias como resultado eficaz de la aplicación de las normas conflictuales del Derecho internacional privado por lo que en adelante será el Derecho extranjero el que se aplique única y exclusivamente y en cuyo supuesto se aleja definitivamente la posibilidad de un conflicto.

Ahora bien, esta aplicabilidad del Derecho extranjero, invocado por la norma de conexión, tiene una proyección más compleja porque, es también, frecuentemente, una inmediatez en el sentido de que el orden jurídico internacional va a afectar directamente a los individuos sin pasar por la mediación de los instrumentos estatales. O dicho en otras palabras, la posibilidad (y éste es quizás el rasgo de mayor originalidad de la invocación de la norma extranjera aplicable) de aplicarse no solamente a los órganos nacionales sino también a los individuos.

Frente a esta postura, un sector mayoritario de la doctrina, que como ya se ha dicho, explica el complejo mecanismo de la armonización de ambos ordenamientos jurídicos,

desde una posición que podemos calificar de tradicional, - afirma la existencia de dos órdenes separados y distintos - pero no paralelos sino convenientemente jerarquizados lo - que da lugar, como resulta previsible, a relaciones de su-- premacia-subordinación.

Así como en la tesis que anteriormente analizábamos, el Derecho extranjero se superponía e insertaba directamente en el orden interno, desde este otro punto de vista, esta inserción se efectúa en virtud de una "ADAPTACION", esto es mediante una recepción, a través de la cual el Derecho - interno se conforma al derecho internacional o supranacio-- nal mediante la emanación de leyes internas que tienen un - contenido idéntico a las normas internacionales que se tra-- tan de introducir.

Vemos, pues, que el trámite sustancial de la "ADAPTA-- CION" está constituido por la promulgación, en el ámbito in-- terno, de normas de un determinado rango. Ahora bien, la de-- terminación de este rango genera una problemática ciertamen-- te compleja por el conjunto de factores que sobre ella inci-- den.

Como resulta evidente en el fondo de esta atribución de rango se halla planteada la alternativa de la primacía - de uno de los ordenamientos que se trata de armonizar. Al-- ternativa de índole constitucional, como ya se verá, que - viene normalmente resuelta, en los distintos textos funda-- mentales de los Estados, en base a declaraciones genéricas que ofrecen, precisamente en virtud de esta misma amplitud, la posibilidad de posteriores matizaciones que hagan facti-- ble un control riguroso de los distintos supuestos.

Por último, el hecho de que las soluciones ofrecidas al problema en los distintos sistemas constitucionales - co

mo más adelante tendremos ocasión de ver - no sean uniformes, no contribuye a clarificar el ámbito en el que se desenvuelve el problema.

El planteamiento de la inconstitucionalidad  
del Derecho Extranjero aplicable

El auxilio jurisdiccional:

Según puede deducirse de lo hasta aquí expuesto, el problema fundamental planteado en las relaciones entre el Derecho extranjero declarado aplicable, por la norma de "conexión" y el ordenamiento nacional, se halla situado a nivel constitucional. Se trata, como resulta evidente, de un problema de múltiples implicaciones que no ha encontrado todavía una respuesta definitiva entre otras razones por la general a toda empresa internacional, de su propia y difícil dinámica que necesita oponer realidades y logros a dudas e inercia secular.

Tal problema se reproduce a un nivel más concreto, pero con las mismas características, en la actuación de los órganos encargados por los Estados de velar por la aplicación uniforme del Derecho internacional, es decir, de los jueces, tanto extranjeros como los internos (del foro).

La función del juez resulta, pues, esencial en este orden de cosas ya que en muchos casos de su decisión (tratándose del juez interno) dependerá que la norma extranjera

tenga fuerza de ley (462).

Estas dificultades a las que se enfrenta el juez, que coinciden, en última instancia, en cuanto a su causa, con aquellas que, según hemos venido observando, obstaculizan la subordinación del orden jurídico interno al internacional, pueden muy bien servir de exponente del nivel de integración alcanzado hasta hoy por precisión de la naturaleza de la norma extranjera (como hecho, o como norma jurídica) (463).

La resistencia de los Estados a ceder sus prerrogativas soberanas, causa última, como se ha dicho, de las dificultades aludidas, que se hace patente en el mantenimiento de la inconstitucionalidad de leyes, una legislación de "salva guardia".

En entonces, precisamente en el mismo núcleo de la instauración del orden jurídico internacional, enfrentada con los obstáculos señalados. Del juez nacional, que tiene como misión aplicar el Derecho extranjero cada vez que esta aplicación no se produzca normalmente y sea requerido su actuación para decidir los litigios planteados a este respecto entre particulares.

Y del juez nacional que tiene por misión solucionar, en primer lugar, los conflictos que puedan plantearse en el proceso civil con elemento extranjero, en su esfera de com-

---

(462) Cons. Donner, Droit national et droit communautaire: - Points de recontre, en "Le juge national et le droit communautaire", Leiden-Bruselas, 1966, pág 13 y sigs.

(463) Cons. Mariano Aguilar Navarro, Derecho internacional privado, Vol. I, Tomo II, parte segunda, Madrid, 1975, pág 271.

petencia (competencia ésta semejante a la de cualquier jurisdicción internacional clásica) y, en segundo lugar, los conflictos planteados entre las instituciones internacionales y los suscitados entre los particulares y aquéllas.

La consideración de la función del juez en el seno internacional, orientada desde el punto de vista de la supranacionalidad, como en definitiva ha sido entendida por algunos autores, y teniendo presente la esencial historicidad de la cooperación internacional, nos muestra la notable importancia de dicha función en el desarrollo del esfuerzo de integración de la norma del Derecho extranjero aplicable.

#### Pretensión procesal constitucional:

Su objeto es la declaración de inconstitucionalidad - de una norma con rango de ley. "Son pretensiones típicamente declarativas" (464).

Lo que pretende el órgano judicial encargado - y éste ha de declarar - es la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma que infrinja un precepto constitucional.

Efectivamente, las características del control de la constitucionalidad de la aplicación del Derecho extranjero, así como sus fines, han determinado la necesidad, desde el principio, de construir una jurisdicción especial y exclusiva de la misma.

---

(464) Véase: Jesús González Pérez, Derecho procesal constitucional, Madrid, 1980, pág 125.

Esta necesidad viene determinada por el papel que desempeña el órgano jurisdiccional en la consecución de aquellos fines.

Por razones que a continuación veremos, no pudo pensarse en la posibilidad de atribuir la competencia constitucional a la jurisdicción ordinaria en algunos Estados, si bien en otros, se aplaza el problema de la creación del órgano constitucional, resolviendo el problema, mediante la previsión temporal de un procedimiento de control de la legalidad, de la norma extranjera declarada aplicable, llamado control de casación, tal como ya hemos visto.

Pues bien, el órgano jurisdiccional competente, sea Tribunal constitucional u otro mecanismo como el de control de casación, para decidir acerca del planteamiento de la cuestión prejudicial, es el que conoce del proceso en el que se invoca una norma con rango de ley de la que depende el fallo, que pueda ser contraria a la Constitución. Pues, una vez planteada, la decisión de la misma corresponderá al órgano encargado de la constitucionalidad de leyes en el Estado.

El papel del juez en el control de  
la constitucionalidad del Derecho extranjero

La competencia de plena jurisdicción:

Frente a los recursos que acabamos de enumerar y en los que, como ya dijimos, el juez tiene por misión asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de la norma jurídica, ya que el juez a través de la interpretación y casación de las ilegalidades lleva a cabo un simple control de la legalidad, existen en los distintos ordenamientos jurídicos otros recursos en los que la función del juez es distinta y más amplia.

En efecto, el juez ejerce aquí todos sus poderes, y así puede, bien anular una decisión judicial (de rango inferior), bien en determinados supuestos, reformarla o también adecuarla a la Constitución o las normas de JUS COGENS del Estado del juez), etc.

En este control constitucional el juez no solamente comprueba si se ha producido una violación del orden público, sino que también, en algunos casos, juzga si se ha incumplido una obligación contractual o si existe una falta cuasi-delictual.

En una palabra, utiliza todos los poderes habituales en un juez. El juez constitucional, tiene facultad, pues, para resolver tanto respecto de las circunstancias de derecho como de las de hecho, así como anular la decisión impugnada y sustituirla por la suya propia si bien se señala que, con ello, no puede invadir las prerrogativas del Estado.



La afirmación del derecho del juez (en el control de la forma):

El control de la constitucionalidad de las leyes extranjeras por los tribunales, se divide en Control de Forma y Control de Fondo.

Destacamos, de partida, que la doctrina no ha vacilado en afirmar el derecho del juez en el control de la constitucionalidad de las leyes extranjeras desde el punto de vista de la forma.

El deber del juez - no cabe duda - es comprobar que la norma jurídica extranjera reúna todas las condiciones de forma que exige la constitución o los principios generales prevalecientes en el Estado en que se aplica su ley.

Si la "Constitución" establece - como ocurre en la mayoría de los Estados - la obligación de tomar unas determinadas medidas para garantizar la ejecución de la legislación y su promulgación conforme a ciertos medios, lógicamente se precisa que el juez compruebe en torno a la norma extranjera aplicable (465).

Al juez no se le faculta, entonces, para aplicar la norma que no esté promulgada o publicada o para la que no haya transcurrido el período prescrito por la constitución extranjera para su ejecución, porque si lo hace sería como si aplicara una norma incompleta en el Estado extranjero, -

---

(465) Véase: Mustafa Kamel Yassine, Problèmes relatifs... ob.cit., pág 567.

lo que conduciría a una solución al conflicto contradictoria con las reglas preponderantes en el extranjero, lo que puede chocar contra la filosofía del legislador nacional al instituir las reglas del conflicto. Además no se puede objetar nada a lo anteriormente citado, por el hecho de que al juez se le prohíba aplicar las normas extranjeras del derecho común, porque las normas del derecho común se consideran siempre territoriales y no provocan en sí mismas ningún conflicto de leyes, aunque no hay por que prohibir tenerlas en cuenta para estimar la legalidad y la eficacia de las normas del derecho privado extranjero aplicables ante el juez nacional (466).

El papel del juez en el control de la constitucionalidad de la ley extranjera (Control de Fondo):

Como en el caso en que una disposición legal -que reúna todas las condiciones de forma necesarias para su ejecución - es contraria a los principios constitucionales. ¿Cuál es el papel del juez en la constitucionalidad material o de fondo? ¿Está facultado a ejercer el control de constitucionalidad de fondo del derecho extranjero? Si es así, ¿De acuerdo con qué constitución, la nacional o la extranjera?

---

(466) Véase: Niboyet, Traité de droit internationale privé, Tome III, París, 1944, nº 978.

A. De conformidad con qué constitución estima el juez el alcance de la constitucionalidad del derecho extranjero:

Suponiendo que sea un derecho del juez controlar la - constitucionalidad de las leyes extranjeras, ¿de conformi-- dad con qué constitución puede ejercer su poder a este res- pecto?.

Si admitimos la naturaleza jurídica de la ley extran- jera aplicable, conforme a las reglas nacionales de cone- - xión, debemos aceptar que el juez recurra a la constitución de su Estado (el Estado del juez) para juzgar la constitu- cionalidad de esa ley (467).

No cabe duda que el error de esa opinión radica en - que el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la ley - extranjera aplicable no le niega su entidad de extranjería. Si fuere así, debería admitirse - al contrario de la mencio- nada opinión - la necesidad de volver a la constitución del Estado extranjero para valorar los límites de la constitu- cionalidad de esa ley.

B. Los límites del poder del juez en el control de la constitucionalidad del derecho extranjero:

Si el recurrir a la constitución extranjera constitu- ye la solución más idónea para estimar el alcance de la -

---

(467) Véase: Rev. crit., 1958, pág 519. También Husham Ali Sadig, La condición del derecho extranjero... ob. cit. pág 429.

constitucionalidad del derecho extranjero aplicable, el siguiente interrogante se planteará respecto al origen jurídico de los poderes del juez en el control material de las leyes y los límites en que debe ejercer su función, si es que al juez le parece que los principios predominantes en el Estado en que aplica la ley no facultan a los tribunales judiciales u a otros, al derecho del control de la constitucionalidad. En este caso, el juez no puede abordar el control de la constitucionalidad de la ley extranjera, aunque tenga ese derecho en cuanto a su ley nacional (468). La filosofía de la legislación le exige al juez dar una solución al conflicto idéntica a la que juzgaría normalmente la jurisdicción extranjera si el conflicto fuera planteado ante ella. Por consiguiente, el juez nacional debe aplicar la ley extranjera aunque sea discordante con la constitución vigente en el Estado en que él aplica el derecho (469).

El ordenamiento extranjero permite a los tribunales judiciales ordinarios el control de la constitucionalidad de leyes:

Primeramente, hay un concepto que no provoca ninguna duda. Tal es el caso de que la jurisprudencia del Estado en el que el juez aplica su ley haya fallado sucesivamente la inconstitucionalidad de la disposición legal aplicable. Ante esto, el juez nacional no puede, lógicamente, sino que - debe excluir la aplicación de la disposición extranjera, cuya jurisdicción haya fallado su inconstitucionalidad, aunque no tenga este derecho de acuerdo con la ley nacional - (470). Ahora bien, el asunto es delicado, cuando los princi

---

(468) Véase: Niboyet, Traité, ob. cit. tomo III, nº 970 y - aig. y Batiffol, Traité, ob. cit. pág 389.

(469) Véase: Cyrille David, La loi étrangère... ob. cit. - pág 255.

(470) Véase: Mustafa Kamel Yassine, ob. cit. pág 571.

pios prevalecientes en el Estado en que el juez aplica la ley permitan el control de la constitucionalidad y los tribunales de allí no hayan examinado la constitucionalidad de la disposición extranjera aplicable en el conflicto en cuestión. Según algunos criterios, en este caso, el juez debe controlar la constitucionalidad de la norma extranjera, tal y como está permitido ejercer este poder a los tribunales ordinarios en el Estado en que el juez aplica la ley. De esta forma esta solución concuerda totalmente con la sabiduría de la legislación, porque permite al juez nacional fallar en el conflicto de acuerdo con las normas realmente vigentes en el extranjero.

El ordenamiento extranjero faculta el derecho del control de la constitucionalidad con un poder especial:

Puede ocurrir que en un Estado extranjero se permita el examen de la constitucionalidad, pero este poder no se atribuya a los tribunales judiciales, sino a un organismo especial cualquiera.

Si este organismo ha fallado sobre la constitucionalidad de la norma jurídica aplicable, entonces no hay problemas y el juez nacional debe fallar en base a ello. Pero si tal organismo no ha examinado el asunto, al juez se le prohíbe comprobar la constitucionalidad de la ley extranjera aplicable, porque no puede atribuírsele un poder que no posee la jurisdicción extranjera misma (471).

---

(471) Véase: Cyrille DAVID, ob. cit. pág 255.

Algunos tratadistas opinan que en este caso el juez - debe aplazar el examen del pleito temporalmente y consultar a las autoridades extranjeras competentes (472)

El problema para nosotros es que esta última solución puede perjudicar a los intereses urgentes de las partes y - también tal condicionante puede invalidar la filosofía de - la competencia judicial internacional en los conflictos con elementos extranjeros.

La discordancia del derecho extranjero con las disposiciones de un convenio celebrado entre el Estado en el que el juez aplique su ley y otro Estado extranjero:

Nos referimos a un problema práctico que puede ocurrir fácilmente. Es el caso en que contradice la ley extranjera aplicable con un convenio suscrito entre el Estado en el que el juez nacional aplica su ley y otro Estado extranjero.

La teoría al respecto es que en este caso el juez tiene obligación de aplicar las disposiciones del tratado, porque el derecho internacional público obliga a los Estados - el respeto a las disposiciones de los convenios, lo cual - significa que obliga al juez nacional a tomarlos en consideración y que sus disposiciones tengan preferencia sobre las leyes internas, respetando así las exigencias de "jus gentium" (473).

---

(472) Véase: Niboyet, Traité, tomo III, pag 405.

(473) Véase: Maury, Règles générales de conflicts de lois, ob. cit. pag 397.

Nosotros, al igual que muchos, consideramos que no es misión del juez que interviene conocer si el Estado extranjero ha cumplido o no sus compromisos internacionales, sino que su tarea se limita a la aplicación de la ley extranjera que su legislación le ordenó aplicar de igual modo que se aplica en el extranjero, lo cual exige la necesidad de volver a los principios prevalecientes en el Estado que aplica su ley. Si la jurisdicción extranjera aplica con frecuencia las disposiciones nacionales, a pesar de su contradicción con los artículos del tratado, el juez nacional sólo ha de obedecer a esta conducta, cumpliendo así la filosofía de la legislación en la que su legislador instituye las normas del conflicto (474).

El control judicial de la constitucionalidad  
de las leyes en el Derecho comparado

Concepto:

Hay un Derecho Constitucional procesal en el cual se incluye el conjunto de normas procesales que se considera necesario insertar en el propio texto constitucional. El Derecho procesal constitucional tiene por objeto los recursos de inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de Amparo.

---

(474) Véase: Niboyet, Traité, Tome III, nº 981, y Batiffol, Traité, nº 335.

Pues bien, la justicia constitucional representa a este respecto, una manifestación más racional de organización del poder, tutelada por el recurso de inconstitucionalidad.

Visto lo que antecede, estimamos necesario realizar - ahora los instrumentos, o sea la institución mediante la - cual se hace posible un control judicial de la constitucio- nalidad de las leyes y que han de servirnos de apoyo para - el desarrollo de nuestro trabajo.

Hemos ya señalado la complejidad de este punto, válganos como índice de ello el considerar que desde el momento en que las soluciones ofrecidas por los textos constitucio- nales de los ordenamientos jurídicos señalados en este estudio no son uniformes es necesario descartar la posibilidad de hallar una solución de alcance general.

Veamos, pues, en sus rasgos más generales la forma en que las constituciones de cada uno de los ya referidos sis- temas regulan el control constitucional de las leyes en sus respectivos ámbitos jurídicos.



El tratamiento de la inconstitucionalidad de las leyes  
en el ordenamiento jurídico anglo - americano

Conceptos fundamentales:

La Constitución británica exige ser comprendida inicialmente desde su historia. Pues, como consecuencia de su naturaleza pueden definirse una serie de principios del Derecho constitucional inglés, que son los que quizá subrayan en forma más expresiva su singularidad y hasta, en cierto sentido, fundamentan su autoridad dentro y fuera de las Islas Británicas. Afectan a sus fuentes y caracteres técnicos y - por consiguiente sólo puede referirse con muchas limitaciones a la esencia del orden. Ninguno de ellos debe entenderse como un carácter absoluto; son más bien acentuación de un rasgo que definición de una fisonomía, pero en su conjunto le dan una expresión específica, por no decir única.

De aquí otro de los caracteres con que habitualmente se la designa, su naturaleza CONSUETUDINARIA, ya que esta - formación histórica se ha realizado, más por la fijación de prácticas y convenciones, que por la formulación de preceptos constitucionales; hasta tal punto que casi una mitad de la Constitución inglesa tiene este carácter de práctica no escrita, sedimentada en el tiempo y transformada y desenhuelta en su propio uso.

Por este mismo hecho se nos presenta en cierta forma como una Constitución invisible, ausente en gran parte de las colecciones legales, en oposición al carácter escrito y codificado de las constituciones continentales, redactadas

en un texto unitario y sistemático; como tal puede definirse como una Constitución no codificada y, en gran parte, no escrita (475).

De otro lado, si la constitución inglesa ha sido el modelo de las instituciones parlamentarias europeas, la Constitución de los Estados Unidos ha ofrecido el patrón del constitucionalismo americano.

#### El control constitucional en el sistema inglés:

Debe demostrarse al tribunal que el derecho sobre el que una de las partes funda su demanda o su alegato está actualmente en vigor. Si la disputa se refiere a la cuestión de si una cierta ley es válida por infringir la Constitución del Estado, el tribunal tiene derecho a examinar su validez en la misma extensión que cualquier tribunal ordinario del mismo Estado extranjero.

Así, un tribunal inglés puede investigar la cuestión de si una ley americana sobrepasa los poderes constitucionales del Estado, ya que tal examen estaría permitido al tribunal americano; pero no se permite hacer lo mismo en el caso de leyes francesas, porque su aplicación en Francia no depende de su conformidad con la Constitución (476).

---

(475) Véase: Luis Sánchez Agesta, Curso de Derecho constitucional comparado, 6ª ed., Madrid, 1976, pág 109 y 111.

(476) Véase: Maury, Regles générales des conflits de lois, Recueil de Cours de l'Académie, 1936, III, pág 70, 71; Niboyet, Traité... ob. cit. III, pág 404.

Cuestiones similares surgen cuando la ley extranjera es contraria a un tratado político concluido con un tercer Estado: la respuesta depende de nuevo de si ha sido aplicada o sería aplicada en el Estado en que fue dada, independientemente de su incompatibilidad con el tratado. No tiene el tribunal que insistir en el cumplimiento de obligaciones que resultan de una convención concluida entre dos Estados extranjeros. Si la ley extranjera contraviene una convención concluida con el Estado del foro, el tribunal rechazará esta ley (477).

#### El control constitucional en el sistema norteamericano:

El sistema norteamericano se caracteriza por encomendar el control constitucional a la jurisdicción ordinaria. Es una especie de jurisdicción difusa, por cuanto pueden pronunciar sobre la constitucionalidad de las leyes los tribunales de los Estados que integran la Federación y el Tribunal Supremo Federal, aunque en definitiva la decisión de que una ley es inconstituyente corresponde al Tribunal Supremo Federal, con el cual se interpreta el criterio juris-

---

(477) "por razones similares a aquellas por las que una regla extranjera es rechazada si está en desacuerdo con el orden público del país", Véase: Wolff, ob. cit. pág 205; Cons. H.C. Gutteridge, el Derecho comparado, Barcelona, 1954, pág 186.

diccional (stare-decisis) y los precedentes tan arraigados en los ordenamientos anglosajones (478).

#### La Jurisdicción del Tribunal Supremo:

Realmente la Constitución de 1787, no estableció de modo directo el control de la constitucionalidad, pero al establecer su artículo 3º, sección 2ª, que "El poder judicial entenderá en todas las controversias que se susciten bajo la Constitución", y al puntualizar el párrafo 2º del artículo 6º, que la Constitución es la Suprema ley, el famoso juez "Marchall" en el caso Marbury vs. Madison, pudo sentar la doctrina de que el acto contrario a la constitución no es derecho, y que en caso de colisión de normas debe prevalecer la Constitucional.

La jurisdicción del Tribunal Supremo se ejerce ordinariamente por apelación que no se limita sólo a los fallos de los tribunales federales, sino que alcanza también a los tribunales de los Estados.

---

(478) El prof. González-Deleito, escribe en este orden de ideas que "no contiene la Constitución norteamericana un precepto que, de modo específico regule el control de la constitucionalidad o designe el órgano competente para juzgar de la materia. No obstante, a pesar de que cierto sentido de "Jurisdicción difusa" hace a veces pronunciarse a los Tribunales de los Estados, se ha impuesto el espíritu anglosajón de los precedentes (STARE DECISIS), por lo que, en evitación de criterios disímiles, la misión ha sido asumida por el Tribunal Supremo de la Federación, con adopción de múltiples decisiones de singular relieve". Véase: Nicolás González-Deleito, Tribunales constitucionales, Organización y Funcionamiento, Madrid, 1980, pág 97.

La Ley de Organización del Tribunal Supremo (la enmendada) atribuye al Tribunal Supremo la competencia para escoger aquellos casos que considera de un valor general, - con una competencia discrecional para solucionar aquellos litigios que se refieren directa o indirectamente a las leyes o a la Constitución de los Estados Unidos (479).

Cabe citar en este orden de cosas, que la doctrina - sentada en 1803 por el juez Marchall, que asigna a los jueces la misión de velar por la supremacía de la constitución, la judicatura ha sumido este poder de interpretar la constitución, construir el derecho estatutario en función de sus declaraciones y anular la legislación que contradiga el texto constitucional tal como es entendido por el Tribunal Supremo (480).

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes:

Además de los instrumentos específicos que se han - orientado preferentemente en los Estados Unidos y cualquiera que sea el tipo de procedimiento a través del cual el Tribunal Supremo realiza sus funciones, el objeto es siem-

---

(479) Realmente el Tribunal Supremo Federal se considera competente para conocer sobre controversias entre dos o mas Estados, entre un Estado y ciudadanos de otro Estado, entre ciudadanos de un mismo Estado, entre un Estado y sus ciudadanos y entre un Estado, sus ciudadanos y algunos extranjeros.

(480) Véase: N. González-Deleito, Apuntes del curso de doctorado, "La justicia constitucional", Universidad Complutense de Madrid, 1979/80.

pre verificar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, o sea siempre se tratará de verificar si una ley o disposición son o no conformes a la Constitución.

Verificar si, realmente, se da o no la conformidad con la Constitución será la cuestión de fondo del proceso o actuación de que se trate. Pero desde el momento que el Tribunal tiene limitada su jurisdicción a la inconstitucionalidad, es obvio que sí será cuestión procesal de admisibilidad que lo que se platee el Tribunal sea, precisamente, la confrontación con la Constitución.

Pues bien, además y como un aspecto esencial para lograr un control constitucional de leyes por conducto de los medios ordinarios de carácter procesal se ha canalizado a través del principio general de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, de la facultad que se otorga a todos los jueces, o bien sólo a un sector de ellos, para conocer y decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas aplicables en los procesos concretos de los cuales conocen.

En realidad, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, considerada por el tratadista estadounidense J.A.C. Grant, "como una aportación de América a la ciencia política universal" (481), no constituye un instrumento procesal determinado, sino un principio que sirve de apoyo para plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en un caso concreto, y que -

---

(481) Véase: J.A.C. Grant, El control jurisdiccional de la constitucionalidad de la leyes, México, 1963, págs 29-47.

al resolverse por los jueces ordinarios puede elevarse inclusive ante el Tribunal Supremo a través de los medios normales de impugnación aún cuando en algunos países se hubiese elaborado un instrumento particular con ese objeto (482).

El Tratamiento de la Inconstitucionalidad  
de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Italiano

Conceptos fundamentales:

El principio de la independencia judicial, y sus consecuencias, tiene su consagración en el texto constitucional italiano. No sólo se garantiza la independencia de los jueces individualmente considerados, sino de la judicatura como un "orden autónomo e independiente de todo otro poder".

Como novedad en la historia constitucional italiana, la Constitución de 27 de diciembre de 1947, que entró en vigor el 1 de enero de 1948, dedica su Título VI a las "Garantías Constitucionales". Y la sección I de este Título regula la Justicia Constitucional (artículos 134 a 137, am

---

(482) Véase: Hector Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, - Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág 81 y sigs.

bos inclusive), creando un Tribunal especial que, al principio (art. 134) es llamado "de Garantías Constitucionales" y, más adelante, "Tribunal Constitucional" simplemente (artículos 135, 136 y 137) (483).

#### El control constitucional en el sistema italiano:

En efecto, en esta materia el ordenamiento italiano configura dos medios de elevar a la Corte Constitucional - la contradicción entre una ley ordinaria y la Constitución, la primera a través de un proceso concreto, y la otra por vía de acción directa.

a) En el primer caso se trata de la impugnación de - las disposiciones de un ordenamiento cuando el problema se plantea de oficio por el juez de la causa, a petición de - una de las partes o del Ministerio Público, en un proceso concreto, en los términos de los artículos 1º de la ley - constitucional de 9 de febrero de 1948, números 1 y 23 de la ley de 11 de marzo de 1953, número 87; de tal manera - que si el juzgador considera que el proceso ordinario no - puede ser resulto con independencia de la decisión que se dé a la cuestión de constitucionalidad y, además, siempre que la propia cuestión no carezca manifiestamente de fundamento, dicta una resolución (ordenanza), remitiendo los au

---

(483) Véase: González-Deleito, Tribunales constitucionales, ob. cit. pág 72.



tos a la citada Corte Constitucional (484), de manera que, el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino de la cuestión de inconstitucionalidad que ha surgido en el proceso concreto respectivo, ya que a él corresponde exclusivamente decidir sobre la relevancia o procedencia de la propia cuestión (485).

b) El otro medio de plantear la inconstitucionalidad de los ordenamientos legales ante la Corte Constitucional es calificado por la doctrina como ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD (486).

Hay que agregar, para entender mejor dentro de un encuadramiento comparativo este último aspecto de nuestra indagación, que de un lado y respecto de los elementos de derecho la regla es que la opinión, incluso concorde, de las

---

(484) "En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad por estimar que no tiene relación con la causa o cuando la considere manifiestamente infundada, esta resolución no impide, en los términos del artículo 24 de la citada Ley núm 87, de 1953, que el problema de constitucionalidad se vuelva a plantear en cualquier grado del proceso; pero solo cuando el tribunal de instancia considere pertinente esta cuestión podrá elevarse a la Corte Constitucional", cit. en Fix Zamudio, ob. cit. pág 186.

(485) Véase: Zamudio, ob. cit. pág 186; Id., Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, México, 1980, pág 76; véase también, González-Deleito, ob. cit. pág 74 y sigs.

(486) Ya que se trata de las impugnaciones que puedan intentar el gobierno nacional respecto de una ley regional: cuando una región demanda la inconstitucionalidad de una ley nacional, o bien la de otra región (arts. 31, 32 y 33 de la ley número 87 de 1953). Véase: Piero Calamandrei, Corte constitucional y autoridad judicial, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pág 457.

partes no vincula al juez italiano: en la interpretación - de la ley extranjera aplicable, "los jueces están unicamen- te sujetos a la ley" (Constitución, art. 101, ap. 2º). O - sea, la voluntad de las partes, en las materias no sustrai- das a su disponibilidad, puede tener relevancia en cuanto comporte un acto de disposición de la relación jurídica - sustancial deducida en juicio, pero no en cuanto voluntad orientada a modificar o corromper el significado del dere- cho objetivo, y por tanto, de la ley.

De otro lado, el derecho de la parte vencida a promo- ver el control de la casación sobre las "violaciones de - ley" cometidas por los jueces ordinarios y en parte tam- - bién por los jueces especiales, está garantizado por la - Constitución misma de la República Italiana, como derecho fundamental que no puede ser limitado siquiera por el le- - gislador (Constitución, art. 111); y que ni la Constitu- - ción ni la ley ordinaria distinguen entre violación de le- yes extranjeras y violación de normas italianas.

#### Los Tratados Internacionales y la Constitución Italiana:

Puede afirmarse que la Constitución Italiana de 27 - de diciembre de 1947 carece de disposiciones de las que pue- da deducirse que los tratados internacionales tengan supre- macia sobre el derecho interno.

En efecto, el art. 10 párrafo 1º, establece que "el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas, - generalmente reconocidas, del derecho internacional" de lo que se deduce que la inserción del derecho internacional - en el italiano necesita de una adaptación de éste a aquél mediante la promulgación de la pertinente ley interna que,

en todo caso, no podrá ser contraria a las normas del derecho constitucional.

La jurisprudencia y la doctrina dominante tampoco - dan a los tratados un rango superior, al menos en relación con las leyes nacionales posteriores; a pesar de los esfuerzos ultimamente realizados por un sector de la doctrina, en el sentido de interpretar el artículo 11 de la Constitución ("Italia...consciente, en paridad con los demás Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones") de forma que le permitiese plantear la posibilidad de introducir una categoría de leyes que, teniendo su fuente mediata en los tratados y estando totalmente sometidas a las normas del derecho constitucional en cuanto a su validez y eficacia, tuviesen, sin embargo, una autoridad - superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo a nuestro modo de entender, este artículo trata de establecer - más bien, un principio general abstracto que una norma precisa y concreta.

El Tratamiento de la Inconstitucionalidad  
de las leyes en el ordenamiento francés

Consideraciones generales:

Podemos afirmar que el organismo que ha ocupado el primer lugar en la defensa de la inconstitucionalidad de las leyes en el sistema francés, a través de una jurisprudencia que puede calificarse como excepcional es la Corte de Casación, que se transformó paulatinamente en el Tribunal Supremo, al independizarse del departamento legislativo según la ley de 1 de abril de 1837, ya con el nombre y estructura actuales de la Corte de Casación francesa, y de ahí se fue extendiendo a casi todas las legislaciones en las cuales se "advierde la influencia del Derecho continental europeo" (487).

El Profesor González-Deleito, subraya que hasta 1946, Francia ha permanecido al margen del movimiento jurídico - conducente a la organización de la Justicia Constitucional.

Al promulgarse la Constitución de 28 de octubre de 1946, optó por un sistema preventivo de control de la constitucionalidad. "No se confió este control a ningún órgano jurisdiccional (ordinario o especial), sino a un Comité Constitucional, preponderantemente político. (488)

---

(487) Véase: Calamandrei, Piero, La Casation Civil, trad. de Sentín Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1961, t.I, Vol. II, pág 109 y sigs.

(488) Véase: González-Deleito, ob. cit. pág 70.

En 1958, la situación "sufrió un cambio radical". La Constitución de 4 de octubre del expresado año mantuvo el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.

El Comité Constitucional fue sustituido por el "Consejo Constitucional" (489).

La Corte de Casación francesa:

Está estructurada, inclusive en la actualidad, como un organismo que ejerce el control supremo de legalidad de todos los Tribunales, y por lo mismo "no realiza funciones de revisión constitucional, con mayor razón en Francia en la que existe una tradición contraria al sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes" (490).

No obstante, se perfiló una tendencia doctrinal muy marcada para lograr el reconocimiento de la facultad de los tribunales judiciales de conocer y resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, tomando en cuenta que no se prohibía esta atribución en las leyes constitucionales de 1875 (491).

---

(489) Véase: Id., pág 70.

(490) Véase: Calamandrei, Piero, La Casación Civil, trad. de Sentín Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1961, t.I, Vol. II, pág 109 y sigs.

(491)

Véase: Leon Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, París 1918, pág 304 y sigs; Traité de Droit constitutionnel, t.II, Paris, 1923, pág 192 y sigs.

El Consejo Constitucional:

Otra institución peculiar de la tradición francesa - es el actual Consejo Constitucional, como órgano político que examina de manera preventiva los proyectos legislativos aprobados por el parlamento, con el propósito de establecer si los mismos se encuentran de acuerdo con la letra o el espíritu de las disposiciones de la Carta Fundamental.

El citado organismo está regulado en los artículos - 56-63 de la Constitución vigente de 1958, con antecedentes inmediatos en el Comité Constitucional establecido por los artículos 19 y siguientes de la Ley Fundamental de 13 de octubre de 1946 (492).

Entre las funciones esenciales del citado organismo se encuentra la de pronunciarse, obligatoriamente y siempre de manera previa a su publicación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias del cuerpo legislativo, y respecto de cualquier otro ordenamiento a petición del presidente de la República, del primer ministro o de los presidentes de cualquiera de las dos cámaras legislativas, con el efecto de que si la decisión del Consejo es en el sentido de la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, el mismo no puede ser promulgado (artículos 61 y 62 constitucionales, reglamentados por la Ley Orgánica del Consejo Constitucional de 7 de noviembre de 1958) (493).

---

(492) Véase: Burdeau, Georges, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 18ª Ed., Paris, 1977, pág 116-123.

(493) Véase: Zamudio, Los Tribunales Constitucionales... - ob. cit. pág 36 y sigs.

Podemos observar en la realidad político-constitucional dos etapas diversas en la actuación del Consejo Constitucional francés, ya que en la primera, desde su fundación hasta el año 1971, dicho organismo no "se distinguió por su dinamismo ni por su independencia en la tutela de las disposiciones constitucionales", de manera que la doctrina se mostró pesimista sobre la importancia de la labor de justicia constitucional encomendada al propio Consejo (494).

Sin embargo, esta situación empezó a cambiar con motivo de la resolución del citado consejo de 16 de julio de 1971, por la cual declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley aprobada por las dos cámaras del Parlamento, y que modificó los artículos 5º y 7º de la ley de primero de julio de 1901 (495).

#### Los Tratados internacionales y la Constitución francesa:

El artículo 55 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 que reproduce las normas contenidas en los artículos 26 y 28 de la Constitución de 1946 (si bien en una forma más breve y técnicamente más perfecta e incluso incorporando al texto, en lo concerniente a los acuerdos en forma simplificada, soluciones adoptadas por vía de interpreta-

---

(494) Véase. Eisemann, Charles y Hammon, Leo, La Jurisdiction constitutionnelle en droit français; págs 279-281 y 30-58 respectivamente. Cit. en Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos... ob. cit. pág 163.

(495) Véase: Zamudio, ob. cit. pág 136

ción jurisprudencial) establece que "los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Los juicios sobre este texto son diversos. Para Neri (496) tal artículo tiene por objeto crear una categoría de normas jurídicas intermedias entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias.

Estas normas, por una parte, no serán válidas más - que si son conformes a la constitución y por otra, tendrán primacía sobre todas las demás leyes promulgadas directamente por el legislador en el orden interno.

Sin embargo, en opinión de algunos, se trata de una fórmula no muy clara en lo que se refiere a las leyes posteriores y contiene además una reserva de reciprocidad. Esta falta de claridad explica el hecho de que mientras algunos tribunales han aplicado frecuentemente el principio de la preeminencia de los Tratados Creadores de las Comunidades, tanto sobre las leyes anteriores como posteriores - (puede verse como ejemplo el "ARRET" del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1956 en donde se invoca expresamente "el principio fundamental de la preeminencia de los tratados internacionales sobre la ley interna).

---

(496) Véase: Neri, *Le Juge italien et le droit communautaire*, en *"Le juge national et le droit communautaire"*, Leiden-Bruxelles, 1966, pág 79.



Otros, como señala Kovar (497), permanecen fieles a ciertos principios inspirados en un "dualismo anacrónico" constituyendo, quizá, un núcleo de dificultades para la implantación de la primacía del Derecho comunitario. Así el Tribunal de Apelación de Amiens (498), no obstante reconocer la superioridad del Derecho de las "comunidades", ha afirmado que los tribunales estatales aseguraban la preeminencia de este Derecho únicamente en aplicación de las disposiciones constitucionales nacionales y añadió que el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas no era competente para conocer de los conflictos suscitados entre los tratados y la ley nacional.

El Tratamiento de la inconstitucionalidad  
de las leyes en el ordenamiento español

Consideraciones generales:

La Constitución de la Monarquía Española de 27 de diciembre de 1978 (aprobada por las Cortes en 31 de octubre del mismo año y convalidada por el referendun nacional del día 6 del mismo mes de su promulgación) dedica su Título - IX (arts. 159 a 165) al Tribunal Constitucional. Dicha -

---

(497) Véase: Kovar, Chronique de la jurisprudence, Journal Clunet, 1965-3, pág 707.

(498) cit. por Kovar en Crónica de jurisprudencia, ob. cit. pág 707.

Constitución ha establecido un sistema de justicia constitucional en cierto modo similar al de la Carta Republicana de 1931, pero perfeccionándola en varios aspectos (499).

En efecto, en los citados artículos (159 a 165) de la nueva Ley Fundamental se regula la organización, competencia y funcionamiento del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, que además del anterior Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta de 1931, escribe Zamudio que es evidente que recibe la influencia del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, así como de las Cortes Constitucionales austríaca e italiana (500).

#### Constitucionalidad de la Jurisprudencia:

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el apartado a) del número 1 del artículo 161 dispone: "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

Además del artículo 161, que regula el recurso de inconstitucionalidad, merece citarse los artículos 162, núm. 1, párrafo a); 163 y 164 de la Constitución de 29 de di-

---

(499) Véase: Villarroya, Joaquín Tomás, El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución, en el volumen colectivo "Estudio sobre el proyecto de Constitución", Madrid, 1978, pág 201 y sigs.

(500) Véase: H. Fix Zamudio, La Protección procesal... ob. cit. pág 199.

ciembre de 1978, así como los 31 a 40 de la Ley Orgánica - del Tribunal Constitucional, promulgada el 3 de octubre de 1979; de acuerdo con los cuales su conocimiento se atribuye al pleno del citado Tribunal Constitucional (art. 10, - párrafo a), de la Ley Orgánica), ya que la declaración de inconstitucionalidad se puede plantear en dos vías, es decir, en primer lugar: Por conducto del recurso de inconstitucionalidad en sentido estricto, y en segundo término a través de la cuestión de inconstitucionalidad promovida - por jueces o tribunales (art. 29 de la propia Ley Orgánica) (501).

De otra parte, y por lo que se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales, ésta puede plantearse cuando dichos organismos judiciales consideren de oficio o a instancias de parte que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, y en ese supuesto sólo cuando se hubiese concluido el procedi-

---

(501) Cons. González Pérez, Jesús, Derecho procesal constitucional, Madrid, 1980, pág 103 y sigs; Almagro Nosete, José, Justicia constitucional, Madrid, 1980, pág 131 y sigs; González-Deleito Domingo, Nicolás, Tribunales Constitucionales, ob. cit. pág 38 y sigs; Rubio Llorente, Francisco y Aragon Reyes, Manuel, Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo, "La Constitución española de 1978", Madrid, pág 823 y sigs; Almagro Nosete, José, Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva constitución, en la obra colectiva "Lecturas sobre la constitución española", tomo I, 2ª Ed., Madrid, 1979, pág 335; Garrido Falla, Fernando, Comentarios a la constitución, Madrid, 1980, pág 1690 y sigs. Alzaga, Oscar, La Constitución española de 1978 (comentario sistemático), Madrid, 1978, pág 926 y sigs; Vega, Prudro de, Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución en "Revista de Estudios políticos" núm 7, Madrid, - enero-febrero de 1979, pág 117 y sigs.

miento ordinario y dentro del plazo para dictar sentencia, debe elevarse la cuestión al Tribunal Constitucional para que la decida el pleno, previa audiencia de las autoridades legislativas correspondientes y los gobiernos respectivos (art. 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Como ya hemos señalado al principio del examen de este punto, y en los términos del artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, y además, cuando se trate de los fallos recaídos en las cuestiones planteadas por jueces o tribunales, el referido Tribunal Constitucional debe comunicarlás a los órganos judiciales competentes para la decisión de los procesos ordinarios en los cuales hubiese surgido, y éstos últimos, a su vez, deberán notificarles a las partes, quedando dichos órganos judiciales - vinculados desde que tuvieron conocimiento de la sentencia constitucional, y las partes, desde el momento en que sean notificadas (502).

---

(502) Véase: González Pérez, Jesús, pág 211 y sigs; Almagro Nosete, pág 168 y sigs; González-Deleito Domingo, pág 41 y sigs; Rubio Llorente y Aragón Reyes, pág 834 y sigs, de las obras mencionadas en las notas anteriores.

El Derecho Constitucional como Derecho Regulador  
de conflictos de jerarquía normativa

El Derecho internacional privado, como un Derecho de colisión normativa tendría lugar propio en el Derecho Constitucional como Derecho regulador de conflictos de jerarquía normativa.

El móvil principal de este punto es la influencia que las reglas constitucionales tienen en la configuración de nuevas normas de Derecho privado y, por consiguiente, de nuevas normas de Derecho internacional privado.

Veremos en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo de España, que las normas constitucionales hayan sido base y fundamento de la decisión.

Tal situación nos induce a abordar el tema de los distintos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado reglas constitucionales.

El Profesor Puente Egidio (503), ha agrupado estos supuestos del Tribunal Supremo en tres categorías:

1ª Carácter programático de las normas constitucionales.

---

(503) Véase: Puente Egidio, ob. cit. pág 139 y sigs. El mismo en Comentarios sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, Anuario de Derecho Internacional, II, 1975, pág 737 y sigs.

2ª Las normas constitucionales fueron utilizadas - como suministradoras de nuevos criterios interpretativos.

3ª Por último, y como tercera posición, aplicando directamente los textos constitucionales como base del recurso de casación civil.

Pues bien, enfocando el problema desde la perspectiva de las mencionadas categorías que inspiraron la actividad del Tribunal Supremo, se pensó que así la línea general refleja bien la posición tradicional de la doctrina española en la comprensión e interpretación de los textos constitucionales.

Las normas constitucionales, en cuanto principios o reglas programáticas vincularán al legislador, pero no crean derechos y deberes subjetivos en los individuos y por tanto no son susceptibles de ser aplicadas por los tribunales ordinarios en apoyo o desestimación de sus derechos. Ya que el Tribunal Constitucional previsto por la Constitución de 1931 está constituido de tal manera que en él se encuentran reflejadas algunas de las principales tradiciones jurídicas del período republicano.

Pero ahora volvemos a examinar el carácter programático de las normas constitucionales en algunas sentencias, tal como la de 22 de febrero de 1972:

Supuesto: Se debatía entre ambos litigantes el mejor derecho a laposesión de un título nobiliario. El demandado y vencido al recurrir en casación alegó infracción de normas contenidas en las leyes fundamentales.

Fallo: "Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, y que denuncia la violación - en la sentencia recurrida del artículo primero del Fuero - de los Españoles, de los artículos primero, segundo y tercero del principio V de la Ley de Principios del Movimiento Nacional y del artículo tercero de la Ley Orgánica del Estado, no puede prosperar por cuanto al tener tales normas carácter programático no pueden servir de sustentación a un recurso de casación en el fondo" (504).

No obstante, el Tribunal tiene que tener en cuenta - un conjunto importante de conceptos jurídicos que como se ha dicho, no existen en Derecho internacional general pero que si son reconocidos y admitidos por el Derecho nacional español, y esta circunstancia plantea la segunda cuestión que hemos de abordar dentro de este esquema general de los principios inspiradores de la actividad del Tribunal que - venimos estudiando y que, como resulta evidente, hace referencia a la posibilidad de que las normas constitucionales fueran utilizadas como suministradoras de nuevos criterios interpretativos para dar "un giro radical en la interpretación de los mismos textos legales" (505).

---

(504) Véase: Col. Leg. pág 509 y sigs, nº 93, Sentencias - 22.2.1972; asimismo, Sentencias de 14 de noviembre, 1963, Col. Leg., Vol. 123, pág 217 y sigs., nº 862, y la de 19 de enero de 1972, Col. Leg., pág 32 y sigs, nº 6; véase - también, Puente Egido: "En la base de esta concepción está todo el peso de nuestra tradición jurídica con una tajante separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado - como regulador éste de intereses particulares", Derecho internacional español doctrina legal, ... ob. cit. pág 139.

(505) Véase: Puente Egido, ob. cit. pág 140.

El caso principal y casi único fue el de la filiación natural (506), y concretamente, el cambio en la interpretación del art. 135 C.c., según lo manifiestan las sentencias de 27 de abril 1934, 29 enero 1935 y 9 mayo 1935.

Ya que de acuerdo con el fallo de la sentencia de 27 de abril 1934 (507):

"Considerando que, si bien el Código Civil no acepta como principio general la investigación de la paternidad, y en consonancia con tal criterio la jurisprudencia de esta Sala venía interpretando en sentido restrictivo los casos que comprende el artículo 135 del expresado Código, sobre reconocimiento de hijo natural desde la vigencia de la Constitución de la República, que por su artículo 43 ordena que se regula tal investigación, no es aplicable la doctrina de las sentencias que se citan en el recurso, ni pueden exigirse al documento indubitado ni al estado posesorio de hijo natural que dicho artículo comprende, otras circunstancias que las que el mismo determina en relación con los preceptos generales sobre apreciación de la prueba y con las reglas de la hermenéutica legal".

Asimismo lo manifiesta la Sentencia de 29 de enero 1935 en su segundo considerando: "... que por dicha razón no cabe decir hayan sido infringidos el art. 135 del Código civil, en relación con el 43 de la Constitución vigente, toda vez que el primero encierra el contenido de una acción reconocitiva dentro del ámbito estricto y limitado -

---

(506) Véase: Id., pág 140.

(507) Véase: J.C., Vol. 214, pág 665 y sigs.



los dos casos previstos en su letra, cuyo volumen es cuestión de hecho y susceptible, por lo tanto, de discusión, a tenor del caso séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tema del último motivo; y el segundo precepto supone una decisión dilatoria abstracta, de índole programática, sin directa proyección sobre la especie jurisdiccional en litigio, y no asume, por lo tanto, en méritos del considerando anterior, calidad de texto legal concreto contra el cual pueda ejercitarse la casación..." (508).

Y la sentencia de 9 de mayo de 1935 afirma una vez más el criterio interpretativo para dar un giro radical en la interpretación de los mismos textos legales.

Así lo decide: "Considerando que la infracción acusada en el primer motivo del recurso, o sea la violación del número segundo del artículo 135 del Código Civil, es improsperable por haber hecho en la sentencia el Tribunal a quo, según la apreciación de todas las pruebas obrantes en autos la afirmación de hallarse por ellas demostrada plenamente la posesión de estado de hijos naturales; y si bien tiene dicho este Tribunal Supremo que la declaración de tal posesión de estado es una calificación jurídica susceptible de ser combatida en casación si la interpretación da da al respecto legal ha sido errónea..." (509).

---

(508) Véase: J.C. Vol. 217, pág 284 y sigs., nº 68.

(509) Véase: Col. Leg., Vol. 219, pág 37 y sigs, nº 15.

Los Tratados Internacionales en el  
Derecho Interno Español

Planteamiento General:

Debe hacerse mención que los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regulan el llamado control previo de inconstitucionalidad, el que puede plantearse respecto de los tratados internacionales con texto definitivamente fijado, pero sin que todavía se hubiese prestado el consentimiento del Estado (art. 95 constitucional), así como contra el texto definitivo de los proyectos de Estatutos de Autonomía y de las leyes orgánicas.

En cuanto a los tratados internacionales, su inconstitucionalidad puede ser promovida ante el Tribunal por el Gobierno o cualquiera de las Cámaras del parlamento, y tratándose de los proyectos de Estatutos o de leyes orgánicas, están legitimados los mismos que pueden hacerlo respecto de los ordenamientos ya aprobados.

Desarrollo:

Conviene, sin embargo, a los fines de nuestro trabajo y para mejor precisar la fuerza y el valor normativo de los tratados internacionales en la Constitución española.

Ya que la Constitución Española de 1978 dedica, como es conocido, el Capítulo III de su Título III a los trata-

dos internacionales.

Así pues, aquí intentaremos formar un criterio y hallar una conclusión respecto de la cuestión de que nos vamos a ocupar en esta parte, esto es, sobre el valor que la Constitución permite asignar en Derecho interno a los tratados internacionales.

Se advierte, en primer lugar, de modo inmediato en las previsiones constitucionales un diferente grado de intervención de las Cortes respecto de los convenios o acuerdos internacionales que pueda contraer el Estado.

En efecto, la responsabilidad respecto de alguno de ellos se hace recaer de modo exclusivo en el poder ejecutivo sin que para nada sea preciso la intervención previa de las Cortes aunque se exija dar cuenta a las mismas de su celebración (artículo 94.2); la intervención de aquéllas es precisa de manera previa para que el Estado pueda obligarse internacionalmente mediante determinado tipo de convenios.

Finalmente, para que puedan celebrarse válidamente tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, hace falta autorización previa otorgada mediante Ley Orgánica (art. 93).

Pocas dudas plantea, según se cree, la cuestión de que desde la perspectiva del Derecho interno, los tratados autorizados por las Cortes a que se refieren los artículos 93 y 94.1 de la Constitución tienen el valor de verdaderas leyes a las que, desde una perspectiva interna, se asemejan tanto por el procedimiento formal de aprobación, como por su contenido y fuerza innovadora e incluso por su some-

timiento al régimen propio de las leyes a efectos de determinar su constitucionalidad (510).

De otra parte y desde la perspectiva constitucional, la conclusión de que los tratados autorizados por las Cortes son equiparables a las leyes se prueba no sólo con la apelación a las similitudes formales y materiales que tienen con aquellas, sino también por el más simple dato de que los tratados válidamente celebrados y una vez publicados forman parte del ordenamiento interno, aplicándose por consiguiente sus disposiciones de manera preferente a cualquier otra, aunque esté contenida en una ley; desde la perspectiva de la estructura normativa del ordenamiento interno sólo una norma a la que se reconozca cuando menos el valor y fuerza propia de las leyes puede alterar el contenido de éstas por lo que necesariamente ha de concluirse que el tratado es equiparable a aquella categoría de normas.

La idea está bien recogida en la Constitución cuando exige la intervención de las Cortes respecto de todo tratado que suponga modificación o derogación de una ley o exija medidas legislativas para su ejecución.

El tratado es, pues, si se refiere a las materias ya citadas, una norma que, por lo menos, tiene el mismo valor y fuerza que la ley y no de inferior rango.

---

(510) Véase: Santiago Muñoz Machado, El ordenamiento jurídico de la comunidad europea y la constitución española, - Madrid, 1980, pág 24.

Lo cual no soluciona todos los problemas, -- porque inmediatamente hay que preguntarse si es una norma con superior valor a la ley, de mayor rango de las típicas del Derecho interno (Leyes Orgánicas y ordinarias especialmente), o una norma equiparada en toda a éstas, es decir, si existe o no una relación de jerarquía entre el tratado y la ley (511).

Como es conocido, el anteproyecto de Constitución (512) se resolvía este problema de manera positiva en favor del principio de jerarquía; su artículo 6º afirmaba que: "Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes".

Se trataba de explicar con ello, acudiendo a categorías tradicionales, el problema que suscita el hecho de que, siendo los tratados leyes no puedan, sin embargo, ser modificados o alterados de cualquier forma por otras leyes internas posteriores.

Aquel precepto incluido en el anteproyecto de Constitución no figura ya en el texto definitivo, pero el problema se sigue planteando en términos análogos, sobre todo de resultados de lo establecido en el artículo 96.1, según el cual una vez que los tratados internacionales han pasado a formar parte del ordenamiento interno "sus disposiciones sólo podrán ser derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas ge-

---

(511) Véase: Pastor Ridruejo, Lecciones de Derecho internacional público, I, Madrid, 1981, pág 188.

(512) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes españolas de 5 de enero de 1978.

nerales del Derecho internacional". de lo que se sigue que las normas aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario no pueden producir aquel efecto.

Alguna doctrina ha visto en este precepto la misma - idea de supremacía jerárquica que figuraba en el artículo 6º del anteproyecto antes citado, expresada ahora de una - forma indirecta, de lo que se ha seguido la atribución al tratado de una posición intermedia entre la Constitución y la Ley.

El problema, sin embargo, es, según entiende Muñoz - Machado "bien distinto y más fácilmente explicable, sin - distorsionar gravemente la estructura normativa de nuestro ordenamiento, considerándolo como una consecuencia del - principio de competencias" (513).

La relación tratado-ley no es, en efecto, de supra--subordinación sino estrictamente, de separación.

Lo que ocurre es que el tratado, válidamente celebra do, acota para su disponibilidad un ámbito material o un - concreto conjunto de competencias del que queda privado el legislador estatal; éste, sin embargo, si pierde su potes- tad de normar aquellas cuestiones atendidas por el tratado o para alterar su regulación no es por razón de que éste - sea una norma superior cuyo contenido deba respetar, sino por carecer de competencia para hacerlo, competencia que - le pertenecía antes de la celebración del tratado, pero de la que ha sido privado después, poniéndose en marcha un me- canismo de separación de campos competenciales, voluntaria

---

(513) Véase: Santiago Muñoz Machado, ob. cit. pág 26.

mente operado por el propio legislador estatal (pues su au  
torización es necesaria para la celebración del tratado -  
que, de esta manera, y amparándose en una previsión constiti  
tucional que se lo permite, se autovincula para el futuro.

461

## CAPITULO VII

### IMPEDIMENTOS PARA LA APLICACION

#### DEL DERECHO EXTRANJERO



## CAPITULO VII

### Impedimentos para la aplicación del Derecho extranjero

#### Plan de este Capítulo:

En la doctrina comparada se plantea la necesidad de asegurar la eficacia de las normas del "conflicto" para actualizar los métodos de aplicación del Derecho extranjero.

En el plano de la adaptación de los procedimientos - internos de aplicación de la ley extraneja y en el plano internacional de la cooperación organizada, la conveniencia de aplicar el Derecho extranjero se basa en tres razones:

Primera: Al incremento de las relaciones entre los individuos más allá de las fronteras nacionales. En las sociedades modernas las relaciones entre los individuos han llegado a sobrepasar los límites del territorio y aunque varían tales relaciones entre ellos, tanto si son relaciones de setatuto personal, negocios financieros, etc.

Segunda: La ampliación de la jurisdicción de los tribunales nacionales cuando se juzgan conflictos entre extranjeros.

Tercera: La costumbre de los jueces en muchos países de adoptar un sistema que permita la conciliación para solucionar el conflicto de leyes, lo que incrementa la oportunidad de aplicar la ley extranjera.

Este incremento de las relaciones entre los individuos entre otras cosas, tal como hemos señalado, ha motivado que se intensifiquen los casos de aplicación del Derecho extranjero en el proceso civil, y como consecuencia, el juez del foro se encuentra a veces con que la aplicación de la ley extranjera competente, y reclamada por la

por la "norma de conexión", choca con los principios esenciales predominantes en su Estado (en el Estado del juez) o que los litigantes han intentado escamotear con miras fraudulentas e intencionadamente la acción de las normas de colisión para eludir las normativas de la ley competente.

Pues bien, el planteamiento de cualquiera de estos temas podría impedir que el juez del foro dictase una sentencia favorable a una de las partes en el proceso.

De ahí viene la importancia de abordar el estudio del orden público y el fraude a la ley, y para responder a los interrogantes que se plantean en torno a los impedimentos para la aplicación del Derecho extranjero, que hemos señalado examinaremos en la Sección XIX de este Capítulo los problemas más importantes del orden público, como noción que pretenda impedir la aplicación de la ley extranjera señalada por las normas del Derecho internacional privado.

Y por último, en la Sección XX, trataremos la teoría del fraude a la ley y veremos como el juez se abstendrá de aplicar la ley a la que acudieron las partes con la intención de que se aplicase su normativa fraudulentamente y recurrirá a la aplicación de la ley competente y pertinente - desde el principio - en el litigio en cuestión.

410

## SECCION XIX

### Excepción del Orden Público Internacional

#### Concepto:

El orden público juega un papel importante en el ámbito del conflicto de leyes, como instrumento de exclusión del Derecho extranjero que indica la competencia de la norma de conexión. Antiguamente este papel del orden público en el proceso civil internacional no era tal claro.

La noción del orden público se utilizaba para fijar la competencia del Derecho territorial, incluso podemos decir que este papel del orden público - noción difícil de determinar - varía más en el ámbito del conflicto internacional de leyes que en el ámbito del Derecho interno.

En esta Sección, intentaremos abordar primeramente - el valor jurídico de la noción del orden público, la validez de la distinción del término "orden público interno y orden público internacional" como modalidades del orden público y, por último, trataremos de los efectos jurídicos - que se producen al entrar en juego esa noción.

El valor jurídico de la noción del Orden Público:

Todo tribunal aplica solamente las reglas de su propio orden público; no tiene en cuenta ningún "orden público extranjero", con una excepción: cuando el tribunal aplica el Derecho Internacional Privado Extranjero (por vía de reenvío), no debe rechazar las reglas de orden público contenidas en aquel Derecho (514).

El concepto clásico de orden público internacional - débese a Savigny, el cual ha definido el orden público internacional como una excepción al principio de la comunidad de derecho.

Su propia índole excepcional hace que el orden público tenga una función limitada y negativa. Limitada porque no entra en juego sino cuando un interés esencial lo reclama y una regla prohibitiva y rigurosamente obligatoria lo impone. Negativa, porque consiste en cerrar el paso a la ley extranjera normalmente aplicable (515). En este sentido - más amplio, Carrillo Salcedo comenta que el orden público aparece como un principio necesario del que no puede prescindirse y cuyo funcionamiento se encuentra en su misma necesidad:

---

(514) Véase: Martín Wolff, Derecho Internacional Privado, trad. española de la segunda edición inglesa por Antonio - Marín López, Barcelona 1958, pág 127; también: Quintín Alfonsín, Teoría del derecho privado internacional, Montevideo, 1855, pág 559 y sigs; Bartin, R. Belge, 1897, pág 410; Maury, R. Darras, 1954, pág 16.

(515) Véase: José de Yanguas Messía, Derecho internacional privado, parte general, 3ª Ed., Madrid, 1971, pág 351 y 358.

"Caracterizado por los rasgos de territorialidad (en cuanto no es viable un concepto único y universal de orden público), elasticidad (en cuanto principio inspirador y correctivo funcional del proceso de aplicación de la regla de conflicto) y excepcionalidad (al ser un instrumento de defensa, su aplicación debe ser restrictiva respecto a los casos de indispensable defensa de principios, absolutamente necesarios del ordenamiento del foro), el orden público representa una dimensión constitutiva del método de atribución" (516).

Definición y características:

Dar una definición concreta a la noción del orden público es muy difícil, si no imposible, pues pese a las muchas definiciones intentadas por los juristas, no ha podido ser traducido en normas con un alcance exactamente determinado y con todas las hipótesis que podría abarcar. Sin embargo, es posible encontrar elementos comunes en todas las definiciones, ya que se considera al orden público como un conjunto de reglas legales con carácter de excepción, que responden a las ideologías propias de cada nación y sirven para la defensa de sus propios intereses.

Es correcto que así sea, pues el orden público en un Estado es su existencia política, social y económica. Lo que constituye esta existencia son sus esencias políticas, (seguridad, libertad, democracia,...); sus esencias sociales, (igualdad ante la ley, respeto a determinadas nocio-

---

(516) Véase: Carrillo Salcedo, Derecho internacional privado, 2ª Ed., Madrid, 1976, pág 276 y sigs.

nes ético-religiosas básicas, la justicia social o la igualdad de oportunidades,...); y esencias económicas, como las derivadas de la aplicación de diferentes sistemas como el socialismo, el capitalismo, etc. (517).

Por ese motivo, mejor que intentar una definición es considerar al orden público como una noción relativa y en evolución, afectada por el tiempo y el espacio, ya que lo que se considera como referente al orden público en un Estado no es necesario considerarlo así en otro, y tanto de una a otra época.

#### La noción del orden público y el conflicto de leyes:

Si un legislador nacional ha permitido en algunos casos la aplicación de las leyes extranjeras en su territorio, ello no significa que haya instaurado un ejemplo paradigmático para todos los legisladores del mundo, porque sería inadmisibles que el juez aplicara una ley extranjera - que se contradijera en esencia con el orden público de su Estado (el Estado del juez) y que atente, por lo tanto, - contra la moral y los principios básicos y esenciales prevalecientes en el Estado del juez.

---

(517) Véase: Ahmed Muslam, Compendio del derecho internacional privado comparado, Beirut, 1966, pág 203. También - José Ramón de Orue y Arregui, Manual de derecho internacional privado, 3ª Ed., Madrid, 1952, pág 478 y sigs; José A. Corriente Córdoba, La excepción de Orden Público en el Derecho internacional privado español; Anuario de Derecho Internacional, II, 1975, pág 166 y sigs; Mariano Aguilar Navarro, Orden público en el derecho internacional privado, REDI, 1963, pág 37 y sigs. Véase también la monografía de J.S. Doral, La noción de orden público en el Derecho civil español, Pamplona, 1967.

Así pues, la noción del orden público juega como "válvula de seguridad" que protege los principios esenciales en la sociedad (518) y, por otra parte, juega un papel importante en el ámbito del conflicto de leyes, como instrumento para excluir el derecho extranjero cuando es indicada su competencia por las normas de "conexión".

El difícil control de la noción del orden público y los límites del poder del juez en su determinación:

Decimos que la noción del orden público es flexible, en evolución y rodeada de ambigüedad, por lo tanto es difícil determinarla porque su concepto es mutable, tanto en el tiempo como en el espacio y, además, lo que puede chocar con el orden público, dentro del mismo Estado en un período determinado puede no ser contrario a esa noción en otro tiempo.

Por esa razón, la doctrina asegura que lo importante del caso es evaluar el alcance sobre si el asunto concierne al orden público o no, en el momento del pleito y no en el momento en que se instituye la condición jurídica del litigio (519).

---

(518) Véase: Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 4eme. Ed., Paris, 1967, pág 202; Rapisardi - Mirabelli, *L'ordine pubblico*, Catania, 1908, P. 51; Nicolás Palaia, *L'ordine Pubblico "internazionale"*, Padova, 1974, pág 3 y sigs.

(519) Véase: Shams Eddin el-wakil, *Estudio comparado en la probación de la ley extranjera y el control del Tribunal Supremo de su interpretación*, Alejandría, 1964, pág 78.

Sin embargo, tal poder discrecional del juez, en este aspecto, no significa dejar el caso al albedrío de su valoración personal y creencias particulares, ya que debe inspirarse en los principios esenciales predominantes en su Estado. En otras palabras, "la valoración del juez debe ser positiva e inspirada en los sentimientos de la comunidad y no en una valoración que refleje sus sentimientos personales" (520).

La diferencia entre el papel del orden público en el Derecho interno y en el campo del conflicto de leyes:

Entre los tratadistas del Derecho internacional privado se habla de dos concepciones del orden público: la que considera que la noción del orden público tiene una competencia "normal" y la que hace de ella una noción "exorbitante" cuya aplicación constituye una "excepción" a la ley competente.

Pero hay además un sistema intermedio que pudiera inducir a error acerca de su naturaleza, el cual ha sido defendido por los representantes de la escuela de la personalidad del Derecho, o sea, la Escuela italiana, principalmente por Pacual Fiore y, más recientemente, por Andrés Weiss (expuesto en Niboyet) (521). La ley nacional del individuo - sigue exponiendo Niboyet - posee una competencia

---

(520) Véase: Id., pág. 76.

(521) Véase J.P. Niboyet, Principios de derecho internacional privado; trad. española por Andrés Rodríguez Ramón, Madrid, 1928, pág 391.



universal, pero después de haber formulado un principio tan amplio, sus autores retroceden, admitiendo tres excepciones: la autonomía de la voluntad, la forma de los actos y el orden público internacional.

Así pues, en principio, la competencia normal pertenece a la ley nacional del individuo, pero como no es posible someter a esta ley todas las relaciones jurídicas, se evita la aplicación de la misma mediante lo que se llama la excepción del orden público. Para Weiss y Fiore, el orden público es una excepción a la ley nacional, pero esta excepción, se pregunta Niboyet, ¿tiene para ellos la misma naturaleza que la de un remedio exorbitante, destinado a impedir que se produzca un mal?, y el mismo contesta que no, a pesar de las apariencias.

Aunque en la doctrina italiana, el orden público internacional sea una excepción, es una "excepción permanente". En casi todas las materias en que esta Escuela hace intervenir la noción de orden público, la ley "nacional" del individuo no se aplica nunca, ni será teóricamente, susceptible de aplicarse. En la medida en que esta Escuela aplica la ley territorial a ciertas materias, no es posible hablar de excepción, puesto que esta ley siempre se aplica a las mismas; se trata, por lo tanto, de la intervención de un verdadero principio. De modo que la Escuela de la personalidad del Derecho se compenetra, en realidad, con la de la competencia normal y no accidental de la ley de orden público.

Cuenta Niboyet, más adelante, "que esta doctrina no tiene, pues, un carácter original". No hay, en definitiva, más que dos grandes excepciones del orden público: el orden

público como noción "exorbitante" ó "remedio" y el orden público como noción "normal" (522).

Pese a que la noción del orden público tiende a guardar los intereses esenciales en la comunidad como objeto, bien en el campo del Derecho internacional privado, bien - en el campo del Derecho interno, este hecho o tendencia no significa en la doctrina, la confruencia de la noción del orden público en ambos casos.

La noción del orden público se emplea en el campo - del Derecho interno para garantizar la ausencia de violaciones de las normas imperativas, mientras que en el campo del Derecho internacional privado se la utiliza para excluir la aplicación del Derecho extranjero cuya competencia es citada por la regla del "conflicto" (523).

De aquí viene el carácter excepcional de la noción - del orden público en el proceso civil con elemento extranjero. Ella es un instrumento utilizado para excluir el Derecho extranjero y aplicar el Derecho nacional de manera - extraordinaria, apartándose del principio que exige como - obligación aplicar la ley competente sea esa ley nacional o extranjera.

Pero en el ámbito del Derecho interno, la noción del orden público pierde este carácter excepcional. Es cierto que se emplea para limitar el principio de la autonomía de voluntad como hemos expuesto, pero eso no es una violación del principio, pues el principio es la autonomía de la voluntad dentro de los límites que le fija el legislador.

---

(522) Véase: Id., pág 391 y sigs.

(523) Véase: Las normas de "conexión". Véase Batiffol, Traité. nº 365.

El orden público interno y el orden público internacional:

Concepto:

Una parte de los juristas distingue entre dos modalidades del orden público: el orden público interno o relativo y el orden público internacional o absoluto (524).

Esta distinción del término tiende a diferenciar entre el orden público, en el ámbito de los casos jurídicos nacionales y el orden público en el ámbito de los casos jurídicos con elemento extranjero. No obstante, esta distinción terminológica conduce a una confusión en la mayoría de los casos, pues el orden público, en los casos jurídicos nacionales o internacionales, se especifica siempre por su carácter nacional y, consiguientemente, la noción es unívoca en todos los casos.

Además, las reglas referentes al orden público son siempre obligatorias por tener efectos en los intereses vitales del Estado. "Lo que ocurre al permitir la aplicación de las leyes extranjeras en el conflicto, es que las exigencias del orden público en el campo de los casos jurídicos extranjeros se reduce más que en campo de los casos jurídicos nacionales" (525)

---

(524) Diversas denominaciones han sido formuladas a este respecto. Véase: Niboyet, Principios, pág 409 y sigs.; también, Jaques Maury, L'eviction de la loi normalement competente: l'ordre public international et la fraude a la loi, Universidad de Valladolid, 1952, pág 79.

(525) Véase: Mohammed Kamal Fahmy, Los principios del Derecho internacional privado, Alejandría, 1955, pág 403 y sig.

Al parecer los efectos de estas consideraciones son los que han empujado a los partidarios de esta hipótesis a distinguir entre las dos mencionadas modalidades de orden público.

Empero, la mayoría de los juristas han criticado tal distinción por la confusión que puede producir. El empleo de la expresión "orden público internacional" supona que - hay un orden público y común entre los Estados, mientras - que por otro lado el orden público es siempre nacional, y su determinación es realizada por el juez nacional en la - comunidad nacional. Puesto que la apreciación del orden público corresponde al juez de cada país, estando comprendida esta función dentro de los límites de sus atribuciones, es él quien tiene que apreciar, en cada caso concreto, si esta noción ha de aplicarse (526).

Por otra parte, como es sabido, el "orden público interno" actúa dentro de la órbita de una legislación sin - contraponerse a otra. Exige, por ejemplo, que todo contratante sea capaz y fija las reglas aplicables de una ley ex extranjera; al contrario, impone que sea aplicada la ley competente según la norma de Derecho internacional privado - (la ley nacional, en la mayoría de los Estados continentales de Europa), para regir la capacidad del contratante ex extranjero.

A sensu contrario, el "orden público internacional" se fundamenta en el supuesto de que la ley extranjera requerida por la naturaleza intrínseca de la relación y por

---

(526) Véase: Niboyet, ob. cit. Principios, trad. pág 408, Véase también Shams eddin el-wakil, ob. cit., pág 76 y - Batiffol, Traité nº 366; Lewald, Recueil, t. 69 pág 124.

la propia ley del juez no es aplicada por vedarlo un principio esencial e imperativo de la legislación territorial, tan obligatorio para los extranejos como para los nacionales.

El orden público internacional supone que a una determinada relación jurídica debe aplicársele, en cumplimiento de la norma de Derecho internacional privado del propio juez, una ley extranjera y, sin embargo, esa ley no se aplica porque es contraria a los principios de la comunidad de Derecho entre los Estados, tal y como el legislador territorial los concibe, y mediante la excepción de orden público los hace valer imperativamente. Dice Yanguas, a este respecto, "... por el contrario, no es en manera alguna excepción, sino regla; una regla universalmente aceptada, la exigida por la naturaleza misma de las relaciones que rige y la que, dentro de la comunidad de Derecho, abarca un más dilatado cúmulo de legislación y de Estados" (527).

#### Orden Público absoluto, opuesto a Orden Público relativo

#### Orden Público Internacional: (527)

La expresión de "orden público internacional" ha sido propuesta en contraposición a la de "orden público in--

---

(526) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 359.

(527) El autor de esta expresión parece haber sido Ch. Brocher, Cours de droit international privé, t. I, pág 106. - Después ha sido adoptada principalmente por Weiss, 2ª Ed., t. III, pág 94 y sigs. Cit. en Niboyet, Principio, trad. - ob. cit, margen, pág 409; véase también, Lewald, R. Darras, 1928, pág 149; Ago, Recueil, t. 58, pág 439.

terno", reservada al estricto Derecho interno.

Así, en cada país las leyes que se ocupan del estado de las personas, son de "orden público interno" desde el momento en que se imponen al respecto de las nacionales y se prohíbe toda estipulación en contrario; pero no pueden ser de "orden público internacional" con respecto a los extranjeros, ya que esto significaría excluir siempre, en cuanto a ellos, la aplicación de leyes extranjeras.

#### Juicio crítico de Niboyet:

A Niboyet, esta terminología le parece censurable porque se desconoce la naturaleza del orden público.

De ahí que se pregunte: ¿Qué es un orden público internacional? Esta expresión evoca la idea de un orden común a las naciones, constituyendo una verdadera regla de derecho de gentes. En este sentido puede decirse que la piratería, la trata de esclavos o el contrabando, son contrarios al orden público internacional, Pero - dice Niboyet - resulta ser que el orden público es, por el contrario, esencialmente nacional. La terminología empleada engaña, pues, acerca de su sentido, siendo éste el principal defecto de la misma" (528).

---

(528) Véase: Niboyet, ob. cit. pág 409.

Orden público absoluto:

Algunos autores han creído encontrar un remedio empleando la denominación de "orden público absoluto" para las relaciones internacionales, y la de "orden público relativo" para las relaciones internas. Pero no han podido evitar otra imperfección de que adolece esta terminología lo mismo que la precedente. Tal como lo señala Niboyet, en cada país no hay "dos órdenes públicos", uno para los nacionales y otro aplicable a las relaciones internacionales; cuando una disposición de derecho interno es de orden público con respecto a los nacionales, igualmente lo es "a fortiori" con respecto a los extranjeros.

Además, donde quiera que se manifiesta el orden público, sea en materia "interna" o "internacional" siempre es "absoluto" en sus efectos. La expresión de "orden público relativo" no corresponde, pues, a lo que debe exigirse de su intervención.

Si se pretende designar con la expresión de "orden público" dos categorías distintas de leyes, desaparece la significación precisa de dicho concepto.

Niboyet es terminante en esete sentido cuando dice que no hay "dos órdenes públicos" en cada país, uno para los nacionales y otro para las relaciones internacionales, por esto no se puede aceptar la denominación de orden público internacional, ni la de orden público absoluto (529).

---

(529) Véase: Niboyet, Principios, trad., ob. cit. pág 409 y sigs. Véase también Rubio, Derecho internacional privado, II, 4ª Ed., Valladolid, 1980, pág 220 y sigs. También Jacques Maury, L'eviction de la loi normalment competente: - l'ordre public internationale et la fraude a la loi, Valladolid, 1952, pág 22 y sigs.

Concordante con esta afirmación es la de Shams Eddin cuando señala que a la noción "orden público internacional" no se la puede imaginar dentro de los acontecimientos actuales, pues no existe un poder superior sobre los Estados que pueda imponer este tipo de sistema. Si es cierto que - hay unos principios esenciales y comunes, y que la mayoría de los Estados coinciden en reconocer su importancia, no obstante, su aplicación en el nombre de "orden público internacional causará una mezcla difícil de tragar" (530).

La nueva corriente hacia un reconocimiento de un orden público internacional en algunos aspectos:

La doctrina moderna admite la existencia de "orden público común" en los casos en que se puede decir que ya existe un sistema internacional de las relaciones privadas internacionales, especialmente en los siguientes conceptos:

Primero: Se puede imaginar la existencia de un sistema internacional de conflicto dentro de los límites de los tratados suscritos entre Estados para establecer soluciones unificadas en lo referente a las normas del Derecho internacional privado (531).

Desde un principio se observa que la competencia judicial en los conflictos que exijan la aplicación de las normas del Derecho internacional privado, se le encarga a la jurisdicción nacional de los Estados firmantes, en atención a la inexistencia de los Tribunales internacionales com

---

(530) Véase: Shams Eddin-el-wakil, ob. cit. pág 76 y Bati-ffol, Traité, ob. cit. pág 366.

(531) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 367 y sigs.



petentes en este tipo de conflictos.

Segundo: La doctrina moderna señala, además, que la evolución del Derecho internacional procesal civil condujo a la aparición de normas internacionales comunes en el campo del comercio internacional. Las necesidades del comercio privado internacional han exigido la institución de unas reglas que gobiernen las relaciones internacionales entre los comerciantes. Esas normas tienen su origen en las costumbres comerciales prevalecientes entre los comerciantes en el campo del comercio internacional y también en los principios extraídos de las disposiciones de los contratos tipo utilizados a este respecto.

No cabe duda que esas reglas se instituyen fuera de las voluntades de los legisladores de los distintos Estados, porque son normas hechas por los contratantes. Por consiguiente no son normas nacionales stricto sensu, son "transnacionales" y los contratantes suelen aceptar el arbitraje de conformidad con las reglas de justicia y costumbres internacionales, sin regirse por las normas positivas vigentes en cualquiera de los Estados, lo que ayuda en la constitución de unas normas internacionales independientes de las normas en vigor en los diversos Estados, respondiendo así y, en gran medida, a la naturaleza y las exigencias del comercio internacional.

Cabe afirmar que fuera de estos límites, las relaciones internacionales privadas quedan sometidas a la competencia de la jurisdicción nacional de los distintos Estados y se aplica, en su caso, la ley cuya competencia es citada por la norma del "conflicto" en el Estado del juez.

Así pues, la noción del orden público conserva su carácter tradicional como noción nacional en primer grado.

### Los efectos del Orden Público

#### Consideraciones generales:

Los efectos del orden público no son siempre los mismos. La excepción de orden público produce, a veces, un efecto simplemente negativo y otras, un efecto negativo y positivo a la vez, pues los efectos de la aplicación de la excepción de orden público son exclusivamente territoriales, o seam que quedan circunscritos al Estado que la ha empleado, ya que los demás Estados no pueden verse afectados ni reconocerán los efectos de su aplicación. Por lo tanto, la aplicación de la noción del orden público internacional no puede producirse mientras la relación tiene carácter privado, es decir, que solo actúa cuando el Estado interviene mediante el juez, notario, registrador o cónsul. Tampoco puede aplicarse por Tribunales internacionales (532).

Es preciso, pues, anotar que los intérpretes del Derecho internacional, distinguen entre dos conceptos para determinar los efectos del orden público:

Primero: Los efectos del orden público cuando se trata del establecimiento de un derecho en el Estado del juez.

---

(532) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 229; Aguilar Navarro, - Derecho internacional privado, Vol. I, tomo 2, parte 2ª, - Madrid, 1975, pág 224 y sigs. También Ignacio García Velasco, Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués, Salamanca, 1971, pág 109 y sigs.

Segundo: Cuando se trata de reconocimiento de un derecho adquirido en el extranjero.

En el primer caso, o bien la ley extranjera permite una cosa que prohíbe la ley del juez, o bien, al contrario, prohíbe un asunto que permite la ley del juez.

Como ejemplo del primer caso: un turco no musulmán - desea casarse con una turca musulmana ante un notario egipcio; la ley turca legaliza este casamiento, pero la ley egipcia lo prohíbe en nombre del orden público.

En este caso se dice que el efecto del orden público se limita a excluir la ley extranjera y el notario se abstendrá de celebrar el matrimonio (533).

Y como ejemplo del segundo caso, si se plantea ante un juez egipcio un conflicto de matrimonio de una musulmana con un no musulmán, el juez excluye la ley extranjera, que había legalizado ya el casamiento y la sustituye por la ley egipcia, que anula el matrimonio.

Así pues, en los anteriores ejemplos se habla del efecto negativo del orden público (el primer ejemplo) y efecto positivo (el segundo ejemplo).

Y como ejemplo del segundo caso, el que se refiere al derecho adquirido en el extranjero, puede mencionarse el reconocimiento de efectos personales de matrimonio celebrado fuera del Estado del juez. En este caso hay que ver si los efectos del derecho adquirido afectan al orden público del Estado del juez o no. Si no lo afectan, entonces se aplica la ley extranjera; si chocan con él, entonces -

---

(533) Véase: M.K. Fahmy, ob. cit. pág 405.

los efectos del orden público se limitan, en este caso, a la exclusión del Derecho extranjero. Y el orden público, - como excepción, tendrá efecto negativo solamente.

El jurista egipcio, Kamal Fahmy opina que "la distinción arriba mencionada, no tiene mucha importancia en cuanto a los efectos del orden público como excepción en la aplicación de las leyes, porque en todos los casos en que se excluye la aplicación del Derecho extranjero siempre hay que aplicar una ley determinada, y esta ley aplicable no puede ser más que la ley del juez, porque la ley extranjera excluye, efectivamente, la ejecución de la norma positiva referente al orden público en la ley del juez, y ella es la regla que establece la posibilidad de adquirir un derecho o la posibilidad de reconocer todos sus efectos o una parte; o bien - al contrario de esto - es la regla que no establece ningún derecho o impide cualquier reconocimiento de todos sus efectos o parte de ellos. O sea, en todos los casos el orden público tiene efecto negativo y positivo - al mismo tiempo (534).

El efecto atenuado del orden público en cuanto a los derechos adquiridos en el extranjero:

Los tribunales franceses distinguen, normalmente, al aplicar la noción del orden público como instrumento para excluir la ley extranjera aplicable, entre el concepto referente a los derechos establecidos en Francia de una parte, y el de mantener en Francia un derecho ya adquirido en otra parte.

---

(534) Véase: M.K. Fahmy, ob. cit. pág 405 y sigs.

"El establecimiento de un derecho en el Estado del juez se puede contradecir con las consideraciones del orden público en el mismo Estado; mientras que el mantenimiento de los efectos de este derecho no chocarán contra esas consideraciones, ya que este derecho se estableció y se adquirió en el extranjero. Como consecuencia, por ejemplo, los Tribunales franceses han dictado sentencias en período anterior al año 1884, determinando que los extranjeros pueden alegar en Francia la anulación del divorcio conseguido en el extranjero, a pesar de que el divorcio contradecía con el orden público en Francia en aquella época"(535).

Lo curioso es que los Tribunales franceses no vacilan ahora en reconocer los efectos del divorcio concedido en el extranjero, aun por razones inadmisibles en el Derecho francés, mientras que estos Tribunales no admiten el divorcio en Francia por razones semejantes a aquéllas, por ser contradictorias con las consideraciones del orden público francés.

Izzedin Abdallah dice que "el reconocimiento en el Estado del juez, de los efectos del derecho adquirido en el extranjero, no significa la total exclusión del orden público en este campo, sino que lo que ocurre es que el efecto del orden público será atenuado (effet atténué) en algunos casos. Y son los casos en los que los efectos del derecho adquirido no se contrarían con las exigencias del orden público" (536).

---

(535) Véase: Husham Ali Sadig, El conflicto de leyes, 3ª - Ed., 1974, Alejandría, pág 335. Izzedin Abdallah, El Derecho internacional privado egipcio, El Cairo, tomo 2, 3ª Ed. 1958, pág 474.

(536) Véase: Izzedin Abdallah, ob. cit. pág 474

Entre los casos expuesto ante los Tribunales franceses a este respecto, resumimos a continuación el siguiente caso:

"Un rico americano, del Estado de Chicago, se casó con una mujer francesa, que de soltera trabajaba en los teatros y deseaba seguir trabajando después del matrimonio, pero su marido se lo impidió sin que ella le hiciese caso. Uno de los propietarios de los teatros en que trabajaba puso el nombre de la mujer en un cartel propagandístico de una de sus obras teatrales. El marido inició juicio contra su mujer para impedirle seguir trabajando como actriz. La mujer se defendió diciendo que su capacidad de obrar se somete a la ley del Estado de Illinois en los EE.UU. y que la ley del mencionado Estado le permite ser profesional en los teatros".

El Tribunal Francés del Sena falló el 8 de abril de 1930 que: "La ley que establece capacidad ilimitada para que la mujer ejerza el trabajo de actriz pese a la oposición de su marido, se contradice con el orden público francés" (537).

Cabe señalar que el efecto atenuado del orden público frente a los derechos adquiridos en el extranjero, no significa - lógicamente - la negación de todo efecto del orden público como válvula de seguridad necesaria para proteger los principios esenciales en la comunidad, como hemos visto en el anterior caso ante el Tribunal Francés del Sena.

---

(537) Cir. en M.H. Fahmy, ob. cit. pág 409.

El reflejo reflexivo del orden público:

¿Cuál es el efecto del orden público extranjero en -  
Estado del juez?

Puede ocurrir que un Derecho se establezca en un Estado extranjero como resultado de la aplicación de la noción del orden público en este Estado. ¿Se reconoce este Derecho ante el juez nacional del tercer Estado?, en otras palabras, ¿se refleja el efecto del orden público extranjero y afecta, por consiguiente, a las resoluciones ya admitidas en el Estado del juez?.

Por ejemplo, "un norteamericano de color deseaba casarse con una norteamericana blanca en Francia y la ley de sus nacionalidades prohibía la celebración de este matrimonio. No obstante, se podía celebrar el matrimonio de acuerdo con la ley francesa en virtud del orden público" (538).

Ahora bien, ¿se reconoce este matrimonio fuera de Francia?. Es obvio que a este casamiento no se le puede reconocer en América por haber sido contrario al orden público americano, ¿pero cuál será su suerte en un tercer Estado como Egipto, por ejemplo?. Así se preguntó Kamal Fahmy (539).

Bartin contesta a esta pregunta que, "este derecho no tendrá reconocimiento en tercer Estado porque se estableció legalmente en virtud del orden público del Estado en que fue adquirido y el orden público es de carácter territorial y los efectos del derecho no pueden traspasar el

---

(538) Cit. en M.K. Fahmy, ob. cit. pág 409.

(539) Id., pág 409.

territorio del Estado donde fue adquirido tal derecho (540).

Niboyet se opone a esta actitud por considerar que - es posible la adquisición del derecho en el tercer Estado, si la noción del orden público en el tercer Estado fuese - congruente con la misma noción del Estado en que este derecho fue adquirido.

También, según Niboyet, no tiene sentido que no se - reconozcan los efectos del derecho si es establecido en el extranjero.

Entonces, la condición del reconocimiento del dere--cho en el tercer Estado es la concordancia de la noción - del orden público en este tercer Estado y en el Estado en que el derecho fue adquirido, y si se unifica la noción en los dos Estados, frente al derecho reclamado, tendrá efec--to entonces en el tercer Estado en virtud de lo que llamó Bartin "l'effet réflexe de l'ordre public" (541).

No obstante, Kamal Fahmy tiene otro criterio al res--pecto; según él, el problema en su recta forma se analiza como sigue:

"Si se plantea un litigio de la legalidad del mencio--nado matrimonio ante el juez del tercer Estado, el conflic--to, entonces, se plantea posteriormente a la constitución del derecho adquirido y el juez debe fallar de acuerdo con

---

(540) Cit. en K. Fahmy, pág 410; véase también Bartin, Principes de Dr. I. privé. Tomo I, nº 95.

(541) Véase: Bartin, Traité..., tomo III, nº 1048, ob. cit. en el margen de M.K. Fahmy, ob. cit., pág 410 (Niboyet no fue el primero que hablaba del efecto reflexivo del orden público, antes que él fue su maestro Pillet, dice M. K. - Fahmy).



las condiciones de la legalidad de la adquisición del derecho, conforme a la ley que cita su competencia y las normas de "conexión". Si las normativas de la ley competente se contrarían con el orden público en el Estado del juez, entonces ha de ser excluida esa ley y debe ser sustituida por la ley del juez, y si la noción del orden público en el Estado del juez, concuerda con la noción del Estado donde el derecho fue constituido, entonces este derecho reunirá las condiciones de su legalidad y se le reconocen, por consiguiente, todos los efectos. Pero lo esencial es tener en cuenta que, el orden público tiene carácter territorial y la efectividad del Derecho, en este concepto, ha de estar de acuerdo con las exigencias del orden público en el Estado del juez y no se considera esa efectividad como efecto reflexivo del orden público en el Estado en que el derecho fue adquirido" (542).

---

(542) Véase: M.K. Fahmy, ob. cit., pág 410.

111

## SECCION XX

### La Teoría del Fraude a la Ley

#### Nociones Generales y problemas que plantea:

El fraude a la ley se produce cuando los litigantes en el proceso buscan librarse de una norma de derecho material interno para evitar la aplicación de la norma competente que va contra sus intereses particulares y apra intentar la aplicación de una norma determinada, eludiendo así las normativas del Derecho originalmente aplicable.

El cambio en los puntos de conexión efectuado por las partes no es el objetivo primordial sino que es un medio - para eludir la aplicación de una norma determinada.

La intención es defraudar una norma determinada y la doctrina la define por el nombre de "fraude a la ley".

Es en definitiva el uso de medios legítimos para alcanzar una meta que resultaría ilegítima si no se apelara a ese recurso.

En esta parte abordaremos primeramente el fraude en el Derecho internacional privado, los requisitos del mismo y finalmente el fundamento jurídico de la teoría del fraude a la ley.

El Fraude en el Derecho Internacional Privado:

Se supone que el legislador, al dictar las reglas del conflicto (reglas de conexión), indicando la ley aplicable en los diversos ordenamientos jurídicos, valora la necesidad internacional de colaboración y la consideración de justicia. Asimismo, elabora las normas positivas distinguiendo entre las reglas de opción (interpretación) e imperativas (prohibitivas) y pretende con estas últimas la protección del bien público, por eso las aleja del ámbito del principio de la voluntad de las partes.

No obstante, ocurre que los individuos que hayan encontrado que estas últimas normas vienen expresa o implícitamente articuladas y que no concuerdan con sus intereses particulares, intentarán evitarlas a través del uso de las normas positivas, disponiendo para ello de un verdadero negocio jurídico permitido por la ley para contrastar la norma imperativa, o bien a través del uso de las reglas del conflicto (reglas de conexión) haciendo cambio en los elementos de la relación jurídica, de manera que se cambiará con ello la ley aplicable.

Según Yanguas, el realizador del fraude a la ley en Derecho internacional privado, busca liberarse de la norma de Derecho material interna que le impone algo que le repugna o le veda la realización de sus deseos fraudulentos. Para lograr su propósito, se dispone a sustituir la vigencia de las normas internas en cuestión, por la de otra norma interna extranjera que no le impone lo que a él le estorba, o le permite lo que él busca.

Y el medio técnico de que para ello se vale es el acogerse a un punto de conexión establecido por su propia norma de conflicto. Hay, pues, en la gestación mental del

fraude una primera fase de comparación entre dos derechos sustantivos: el propio, del que se huye y el extranjero, - al que se acude (543).

En opinión de Niboyet, la noción de fraude a la ley, debe aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sean, en que un individuo puede invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia a que se refiere (544).

Los juristas hablan de tres tipos de doctrina del fraude: la objetiva, la subjetiva y la mixta.

La doctrina objetiva mira sólo al elemento material y considera el fraude como una violación indirecta de la ley. La subjetiva, lo caracteriza por la voluntad culposa del agente. Y por último, la mixta exige, para que el fraude exista, la concurrencia de los dos factores, material e intencional.

El punto de "conexión" que se utiliza es la nacionalidad; el caso más frecuente en Europa como en América, es el del domicilio. Otras veces, el punto de conexión puede serlo el lugar de celebración del acto, que se traslada a un país extraño para no observar una forma solemne preceptiva en el propio, o el lugar de situación de una cosa mueble que se transporta a territorio de otro Estado para liberarse. O el lugar de constitución de una sociedad, nacional de hecho, que se realiza en el extranjero, con fines -

---

(543) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 375; y también Aguilar Navarro, ob. cit., pág 127.

(544) Véase: Niboyet, Principios, trad. ob. cit. pág 440.

de evasión fiscal, dice Yanguas (545).

Evitar las normas imperativas por cualquiera de los anteriores medios, se llama fraude a la ley. Así pues, el fraude a la ley "es un arreglo voluntario de uso de medios legítimos en sí mismos para llegar a unos fines que se comtrastan con las órdenes y prohibiciones de la ley" (546).

El fraude a la ley como remedio excepcional, sancionador de todas las leyes imperativas:

En opinión de Niboyet es un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que en las relaciones internacionales la ley imperativa se convierta en facultativa, pero este remedio no debe utilizarse más que cuando se tenga necesidad del mismo, de modo que siempre que sea posible sancionar la actividad de los particulares mediante un procedimiento distinto, no debe recurrir se a la noción del fraude a la ley. Lo mismo que la noción del orden público es un remedio al cual se recurre a falta de otro, de igual manera, la noción del fraude a la ley debe impedir la aplicación de la ley extranjera únicamente - en los casos en que, sin ella, no se pudiese obtener el resultado que se busca y en los cuales habría que aplicar en tonces la ley extranjera (547).

---

(545) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 372 y sigs.

(546) Véase: Desbois, La fraude a la loi et la jurisprudence française, Paris, 1924, ob. cit. en Izzeddin Abdallah, margen, pág 477.

(547) Véase: Niboyet, Principios, trad. ob. cit. pág 445 y sigs.

Así, "el fraude a la ley es un fenómeno de las luchas entre el interés público y el interés particular, en otras palabras, es el fenómeno de la lucha entre la libertad de los individuos para resolver sus relaciones jurídicas y entre la obligatoriedad de unas reglas para proteger el interés común" (548).

No cabe duda de que en esta lucha debe prevalecer el interés común y se ha de encontrar un medio jurídico para protegerla de cualquier abuso. Este medio es la excepción del fraude a la ley.

El rechazo de la noción que niega todo efecto del fraude a la ley en el ámbito del conflicto de leyes:

Algunos juristas han negado el efecto del fraude a la ley en el campo de los conflictos de leyes.

Esta opinión se basa en el argumento de que el cambio de nacionalidad, de domicilio o de lugar de los bienes, no se considera más que un uso legítimo de derecho o licencia, por lo tanto no se puede considerar que se ha cometido fraude ya que se ha usado un medio legítimo (549).

El argumento principal que esgrimen los impugnadores de esta teoría para rechazarla, es su incompatibilidad con la autonomía de la voluntad. Si a las partes se les reconoce una autonomía, y de ella hacen uso al acogerse a un punto de conexión que les beneficia (cambiando de nacionali--

---

(548) Véase: Isseddin Abdallah, ob. cit. pág 479.

(549) Véase: Id., pág 479.

dad o de domicilio), ¿por qué tratar de fraudulentos unos actos que legalmente dependen de su voluntad?

El concepto de fraude, dice Yanguas, no podría, en efecto, mantenerse si la autonomía de la voluntad fuese absoluta, pero no lo es. Ha de moverse dentro de los límites imperativos y prohibitivos fijados por la ley. Precisamente el fraude consiste en la sinuosa transgresión de esos límites deliberadamente, más allá de los cuales el acto humano deja de ser lícito y por consiguiente carece de validez legal (550).

Algunos añaden que, el juez al abordar la investigación de la intención del fraude, se verá envuelto en un ámbito espinoso y difícil de probar (551), y consideran, además, que la función del juez es la de determinar si las personas pueden invocar jurídicamente una ley, sin que haya de reparar en las razones por las cuales hayan posido llegar a invocarla tales personas. Es decir, que el juez no tiene porqué buscar los móviles, las intenciones, etc., de los individuos. Se deduce pues, conforme a esta opinión que no hay que tener en cuenta para nada las razones por las cuales los interesados invocan cierta ley; de lo que se trata es de saber si jurídicamente pueden invocarla. Es evidente, desde luego, que un francés puede con todo derecho invocar la ley francesa; un español, la ley española.

Frente a esta teoría, que elimina completamente del conflicto de leyes la noción del fraude a la ley, aparece

---

(550) Véase: Niboyet, Traité, Tomo III, nº 1078.

(551) Véase: Rubio, ob. cit. pág 232; también Niboyet, ob. cit. pág 439.

otra teoría que admite la noción de fraude, pero sólo con relación a determinados actos jurídicos (contratos y forma de los actos), rechazándola en todas las hipótesis de cambio de nacionalidad.

Cuando se cambia de nacionalidad es por alguna razón de consideración, a no ser que se trate de un hecho absurdo. Siempre hay por tanto un interés; de no haberlo, se conservaría la anterior nacionalidad. Así, basándose en esto, entre otras razones, otras opiniones refutan la postura anterior estimando que si es cierto que el cambio de nacionalidad o de domicilio, por ejemplo, es un uso de derecho o licencia legítima, incluso aunque tal cambio no tenga una finalidad lícita en su realización, sino que sea una triquiñuela para llegar a un objetivo ilegítimo, de cualquier manera se están eludiendo las normas aplicables originariamente.

La doctrina Niboyet: Para Niboyet, si bien la razón fundamental de la mayoría de los que cambian de nacionalidad suele deberse a razones de índole matrimonial o familiar, hay motivos para suponer, y hasta para sentar el principio de que la razón primordial es la de relacionarse, desde un punto de vista político, con un nuevo Estado. Si, después del cambio hay que quedar sometido a leyes nuevas, esto no es más que una consecuencia y evidentemente una consecuencia conocida de antemano. Por lo general, cuando se pretende llegar a ser ciudadano de un nuevo Estado se debe a razones de orden moral y sentimental, dice Niboyet, y continúa: "Hay, pues, una diferencia entre el que se naturaliza por que sus sentimientos le aproximan a un nuevo Estado, y el que lo hace únicamente porque sentimientos cada vez más intensos, le distancian de su cónyuge".

Para Niboyet, el fin que este último persigue al cambiar de nacionalidad no es otro que el de obtener un nuevo



estatuto personal; mientras que, normalmente, el objeto exclusivo de una naturalización debe ser el cambio de vínculo político y concluyendo, señala Niboyet, que no es posible asimilar ambas hipótesis sin convertir los cambios de nacionalidad en simples asuntos inspirados en el interés, como si se tratase de una operación comercial (552).

También se pretende por algunos tratadistas que la exclusión de la ley aplicable, no es un mero resultado del cambio de los puntos de "conexión", sino la finalidad a la que aspira uno tras el cambio de las reglas del conflicto (553).

Siguiendo a Niboyet, en el mismo orden de cosas "debe pues, atenderse, no al resultado obtenido, sino al grado de imputabilidad, a la medida con arreglo a la cual se ha intentado burlar la ley. El encargado de apreciar este elemento psicológico es, en todo caso, el juez (554).

---

(552) Véase: Niboyet, Principios, trad. española, ob. cit. pág 440.

(553) Izzeddin Abdallah, ob. cit. pág 478; también Husham Ali Sadiq, ob. cit. pág 343 y Batiffol, Traité, pág 421.

(554) Véase: Niboyet, Principios, Trad. ob. cit. pág 448.

Los requisitos del fraude a la ley:

Nociones Generales:

Las condiciones son dos: Material, hacer un cambio - voluntario en las reglas del conflicto (puntos de conexión) y Psíquica, tener la intención del fraude a la ley.

Es decir, existirá fraude (entendiendo por fraude el propósito de sustraerse a la acción de una ley que contraría al sujero que pretende burlarla o que la burla) cuando el individuo se somete al imperio de otra ley que favorece sus propósitos. En otras palabras, la voluntad de burlar - la ley, sin el propósito de causar un perjuicio a un terceto (555). O como dice Aguilar Navarro, el fraude que im- - plica la existencia de un elemento de hecho material (556). Para Rubio, el elemento que permite caracterizar este frau - de será la ausencia, total a veces, de toda sinceridad en las circunstancias en virtud de las cuales se invoca el ne neficio de la ley extranjera.

Pero es que. además, y junto a este elemento mate- - rial existe otro al que podemos llamar espiritual o inten- - cional, y es el requisito de la intención, que se ha consi- - derado por algunos autores como una intrusión del juez en un campo que le está vedado, por ser el de la conciencia.

---

(555) Véase: Rubio, ob. cit. pág 234 y sigs, y Niboyet, ob. cit. pág 417.

(556) Véase Aguilar Navarro, ob. cit. pág 130; también - Jeanpretre, Les conflits de lois en mateire d'obligations contractuelles selon la jurisprudence et la doctrine aux - Etats Units, Lyon, 1936, pág 88.

Este requisito intencional reside en la imposibilidad de impedir la aplicación de la ley extranjera si no se recurre a la noción del fraude a la ley, o sea, la ausencia de cualquier otro remedio. Y puesto que se trata de un remedio, es preciso que este sea necesario, es decir, que no se ha de recurrir al mismo más que en el caso de que no se disponga de ningún otro medio (557).

Examinemos algunos casos prácticos al respecto:

Primero: Hacer uso de la regla de conflicto con el propósito de modificar la competencia legislativa de una ley por otra.

Ocurre esto en el caso de que "la circunstancia de conexión" sea mutable según la voluntad de las partes, como por ejemplo, la nacionalidad, el domicilio y el lugar del contrato, y como consecuencia del cambio de la circunstancia ha de suceder ciertamente una modificación en la competencia legislativa, pues si no, no tiene por que obrar el fraude (558).

Por ejemplo, si una sociedad quisiera eludir algunas de las normas imperativas en la ley del juez, en su calidad de ley de la administración de la sede principal, tomando otra sede irreal en otro Estado para que se someta a las leyes de éste y deshacerse de la ley del juez, la jurisdicción legislativa no se transfiere, porque la importancia del caso es determinar el ordenamiento jurídico para la persona jurídica; ésta es la sede principal real de

---

(557) Véase: Niboyet, Principios, trad. ob. cit., pág 445, 454 y sigs. Cons. Rotondi, Gli atti in frode alla legge, Turin, 1911.

(558) Véase: M.K. Fahmy, ob. cit. pág 412.

su administración y el juez no tiene más que ignorar esta falsa situación y fallar conforme al estado real y, aplicar consiguientemente las diversas sanciones que les imponga - la ley.

Por eso se decía que el fraude a la ley como excepción es una excepción subsidiaria; el juez acude a ella en caso de que no pueda aplicar directamente las normas imperiales de su ley (559).

Algunos observan que el requisito material en de frau de se realiza también mediante el cambio de religión, en su calidad de "punto de conexión" en el campo de los conflictos internos de leyes y en los Estados en que se somete el estatuto personal a las diversas doctrinas de religiones, como el caso de la República Árabe, Egipto y otros países musulmanes del Oriente.

No obstante, la condición material del fraude se realiza también tras cambiar la religión en el ámbito del conflicto internacional de leyes, pesea que la religión no constituye "punto de conexión" en las relaciones que implican elemento extrajero, caso de que este cambio haya sucedido por haberse convertido a la religión musulmana por ejemplo. Precisamente con el propósito de beneficiar la estabilidad de los Tribunales en el mundo musulmán en lo que se refiere al estatuto personal, se excluye la ley competente en el nombre del orden público cuando se contradice con los derechos de los musulmanes (560).

---

(559) Véase: M.K. Fahmy, ob. cit. pág 412.

(560) Véase: Husham Ali Sadig, El conflicto de leyes, 3ª - Ed., 1974, Alejandría, pág 347.

No obstante, aparece que la mayoría de la jurisprudencia en Egipto insiste en proteger los derechos del musulmán, sin importar cuales hayan sido los verdaderos motivos del converso a la religión mahometana, incluso aunque por su comportamiento se observe que la conversión es una falacia, que es algo no sentido y que la finalidad fue conseguir un provecho con este cambio. Sin embargo, si un extranjero cambia de religión en Egipto y se convierte en musulmán para llegar, por ejemplo, a divorciarse de su mujer, - contrariamente a lo que dispone la ley de su nacionalidad, ¿se considera de hecho un fraude a la ley o no?

Puede decirse que "el punto de conexión" en este caso es la nacionalidad y no la religión, y por consiguiente no está permitido, en principio, que el extranjero se divorcie de su mujer, contraviniendo la ley de su nacionalidad, aunque sea musulmán (561).

En este caso el fraude no se ha realizado mediante el cambio del "punto de contacto" - la nacionalidad en este caso - sino que se hizo al cambiar la persona su religión al Islam para eludir las normas imperativas de la ley de su nacionalidad, que prohíbe el divorcio.

Como antes de dijo, en este punto, la jurisprudencia egipcia basándose en la conversión religiosa se inclina a rechazar la aplicación de la teoría del fraude y se abstiene de la aplicación de la ley de la nacionalidad - del consenso (que le prohíbe divorciarse) por ser algo - contrario al orden público en Egipto. Y así, por ejemplo,

---

(561) Auto de 19 de Abril, 1951, Tribunal de Alejandría - cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 347; véase también la Revista Egipcia de Derecho Internacional, tomo VII, - 1951, pág 194.

en un auto del Tribunal de Apelación de Alejandría (la del Estatuto Personal de los Extranjeros) de 7 de mayo de 1958 se confirma esta actitud de la jurisprudencia egipcia.

El mencionado Tribunal rechazó el argumento del fraude a la ley, presentado por una esposa según la cual su marido se convirtió en musulmán con el propósito de eludir las normas del derecho griego. En la sentencia el Tribunal resolvió que "el marido puede beneficiarse de los beneficios legales que implica su conversión al islamismo, aplicándosele las normas de la doctrina musulmana... y no se admite que su conversión del catolicismo ortodoxo a la religión musulmana haya sido un intento de fraudulencia o una vía de escape a la aplicación de una determinada ley, porque se considerara como una intervención en las creencias de la gente y una búsqueda de unos móviles que es difícil de probar ..." (562).

El cambio debe ser legítimo:

Por otra parte se condiciona que el cambio voluntario en la regla del conflicto punto de "conexión" ha de ser legítimo. En caso de que el medio empleado en el cambio no fuese legítimo como, por ejemplo, cambiar la nacionalidad mediante la fraudulencia en la normas de la ley de la nacionalidad, entonces no se puede disponer de esta nacionalidad adquirida fraudulentamente y la que tiene legalidad será la primera nacionalidad, siendo así que en este concepto no nos hace falta acudir a la teoría del fraude a la ley, puesto que para evitar el resultado al que as

---

(562) Cit. en Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 348.

pira la parte, basta probar que el medio utilizado era ilegítimo en si mismo.

Más, si el medio empleado fue legítimo, es cuando se plantea el problema. Sucede entonces que la parte aspira, con el empleo de este legítimo medio, llegar a un resultado ilegítimo, de donde aparece la importancia del fraude - como defensa y excepción para evitar realizar ilegítimos - resultados (563).

Habría, pues, que establecer una diferencia entre - los individuos que celebran un contrato en país extranjero, en condiciones normales, y los que se trasladan al mismo - con el propósito exclusivo de realizar un acto delictivo.

Igualmente habría que distinguir entre los que naturalizan en país extranjero sin doble intención y aquellos otros que lo hacen con propósito de fraude y únicamente para divorciarse, por ejemplo (564).

Segundo: La intención de la fraudulencia.

No basta que el cambio del "punto de contacto" sea - verdadero y legítimo, sino que es preciso que la persona - tenga la intención de, tras este cambio, poder escapar de las normas imperativas en el Derecho aplicable. Ese es el elemento anímico en el fraude a la ley.

---

(563) Véase: Niboyet, ob. cit. pág 35; también Galíndez, Principales conflictos de leyes en América, Buenos Aires, 1945, pág 98.

(564) Véase: Niboyet, Principios, trad. española, ob. cit. pág 445.

La intención del fraude es el elemento que diferencia el fraude a la ley, como excepción, del orden público.

Los juristas francese mencionan que para aplicar la excepción del fraude no basta disponer de la intención del fraude, sino que además hay que realizarlo (565).

Como consecuencia del fraude suelen producirse perjuicios que afectan a los intereses de terceros, como el del sonado caso de la princesa De Bauffermont.

Los hechos de este caso se pueden resumir en que una señora, de origen belga, se casó con el príncipe francés - "De Bauffermont" y adquirió consiguientemente la nacionalidad francesa, y que cuando quiso divorciarse se enfrentó - con las normas de la ley francesa - la ley aplicable conforme a las reglas francesas del conflicto - no pudiendo - realizar su deseo porque la ley francesa no permitía entonces el divorcio.

Seo sucede asimismo que la señora "De Bauffermont" - posteriormente se hizo súndita de uno de los pequeños Estados alemanes, en el que la ley permitía el divorcio, y donde consiguió divorciarse del príncipe francés, casándose - luego con el príncipe rumano "Bibsiko" con el que vivió - después en Francia.

El primer marido impugnó este matrimonio reclamando su anulación en base a que la nacionalización de la mujer era un fraude a la ley y por tanto no debía considerarse -

---

(565) Auto del Tribunal Francés de Casación (lo Civil), - 18 de marzo de 1878, Sirey, 1878, Tomo I, pág 193; También véase Husham A. Saidg, ob. cit. pág 344 y sig. e Izzeddin Adballah, ob. cit. pág 487.



la legalidad del divorcio, por lo que el vínculo del primer matrimonio seguía siendo válido.

El Tribunal de Casación francés falló a favor del primer marido, basando su sentencia en la noción del fraude a la ley, arguyendo que el cambio de nacionalidad de la mujer fue efectuado fraudulentamente a las normas del Derecho francés, que prohibían el divorcio. El Tribunal anuló todo efecto del divorcio, invalidó el segundo matrimonio e hizo mantener la primera relación conyugal (566).

---

(566) Auto del Tribunal Francés de Casación (1o Civil) - 18 de marzo de 1878, Sirey, 1878, Tomo I, pág 193; También véase Husham A. Sadig, ob. cit. pág 344 y sigs, e Izzeddin Abdallah, ob. cit. pág 487

### El fundamento jurídico de la teoría del fraude a la ley

Algunos juristas opinan que la noción del fraude a la ley está vinculada con la teoría del abuso del derecho, en tanto que otros prefieren considerarla como una de las aplicaciones del orden público.

Son muchas, en efecto, las teorías que han impugnado el principio del fraude a la ley, considerando como una mera subespecie del orden público o una confusión con éste - por identidad del supuesto.

Lo mismo sucede con el abuso del derecho, ya que el abuso es uno de los conceptos más imprecisos y discutidos en la ciencia jurídica. Su realidad, como la del orden público internacional no es, por ello, menos evidente. La dificultad estriba en definirlo (567).

Aquí abordaremos los dos corrientes para ver finalmente cuál es el verdadero fundamento jurídico de esta noción.

Primero: El fraude a la ley es una de las aplicaciones de la teoría del abuso del derecho.

Muchos internacionalistas sostienen que el fraude a la ley no es más que una de las formas de la teoría general del abuso del derecho. Consideremos el derecho de las personas a cambiar su nacionalidad o su domicilio. Ese cambio será legítimo siempre que su objetivo no sea eludir -

---

(567) Véase: Aguilar Navarro, Derecho internacional privado, Vol. I, tomo II, parte segunda, Madrid, 1975, pág 134; también Yanguas, ob. cit. pág 380.

las normas imperativas en el derecho aplicable. Si al juez le parece ilegal el cambio, debe dejar sin valor cualquier efecto del mismo y devolver la competencia a la ley aplicable (568).

Claro que socialmente el fraude a la ley significa - un abuso de derecho, pero de escasa diferenciación, ya que el abuso deberá siempre apreciarse objetivamente, prescindiéndose de todo aspecto intencional, pero por otra parte se ha dicho que "el abuso de derecho implica la lesión de un interés privado, mientras que el fraude mira casi siempre a proteger al tutor contra sí mismo o a defender un interés social" (569).

Según Rubio, en el "abuso de derecho" no es admisible su confusión con el fraude a la ley, pues el abuso supone un empleo excesivo, extremo, de un poder jurídico o derecho subjetivo, mientras que el fraude implica un empleo inadecuado del derecho objetivo (570). Abundando en ello, Yanguas comenta que basta con señalar que la propia palabra abuso indica ya el uso anormal o excesivo de un derecho reconocido por el legislador con un fin que resulta - desnaturalizado o desorbitado por el ejercicio que de él hace el titular (571).

Cabría preguntarse pues: ¿Es abuso de derecho o abuso de ejercicio de la licencia de las libertades públicas?

---

(568) Levebours-Pigeonniere et Loussouarn, Précis de droit international privé, 9eme Ed. , Dalloz, 1970, pág 451.

(569) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 380.

(570) Véase:

(571) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 380.

Otra corriente de jusristas opina lo contrario (572) y considera conveniente no vincular el fraude a la ley con la teoría del abuso de derecho. Se basa el argumento en la idea de que, para aplicar la teoría del abuso, es preciso que ocurra un abuso en el uso de "los derechos" en el sentido jurídico-técnico, y que el abuso que se produzca por la ocasión del ejercicio de la licencia y las libertades públicas, no tenga que ver con la teoría del abuso en la ciencia del Derecho.

Ahora bien, el término "derecho" stricto sensu se su-  
pbe que tiene dos elementos esenciales, una relación jurí-  
dica y un poder adquisitivo, y que la relación jurídica fa-  
culta su pleno y legítimo ejercicio (573).

Nosotros apoyamos esta hipótesis porque creemos que, por ejemplo, en el caso de que una pareja se traslade a otro Estado para celebrar su matrimonio eludiendo los requisitos de formas que les exige la ley de su domicilio común, el hecho no queda encuadrado en la llamada teoría del abuso del derecho. El ejemplo muestra más bien fraude a la ley que abuso del derecho, pues la libertad de los individuos de trasladarse de un sitio a otro se considera, ciertamente, como licencia de libertades públicas y no tiene que ver con la noción del "derecho" en el sentido técnico de este término, no pudiendo decirse que la pareja, en el ejemplo anterior, haya abusado de su derecho al trasladarse a otro Estado para celebrar su matrimonio.

---

(572) Véase: Husham Ali Sadig, ob. cit. pág 357.

(573) Véase Hasan Kirah, Introducción al Derecho, Alejandría, 1969, pág 382.

Pero por otra parte, el vincular la noción del fraude con el abuso del derecho nos exige estipular el daño y perjuicio de los intereses particulares de terceros para - que se realice el efecto jurídico de la fraudulencia, mientras que es suficiente la determinación del fraude en la - prueba del daño al interés público.

La teoría del fraude tiende, básicamente, a proteger las normas del conflicto punto de "conexión" cuando éstas citan la competencia de una ley determinada sin considerar los daños y perjuicios a terceros (574).

Finalmente, considerar la noción del fraude como una de las aplicaciones del abuso del derecho, puede determinar que el juez dicte una sentencia a favor de la parte - perjudicada, pidiendo indemnización a ésta en base a la responsabilidad y contratación civil, mientras que la noción de fraude no tiende más que a la exclusión de la competencia de la ley aludida y a aplicar la ley originariamente - competente en el litigio, a la parte que ha querido eludir la.

Segundo: El fraude a la ley es una de las aplicaciones del orden público.

Otra hipótesis está sustentada en el hecho de que la teoría del fraude no es más que una de las aplicaciones - del orden público. Lo cierto es que tanto el fraude como - el orden público coinciden en lo que se refiere al efecto jurídico: excluir la ley extranjera y aplicar la ley del juez.

---

(574) Véase: Izzeddin Abdallah, ob. cit. pág 489 y sigs.

Como es sabido, el orden público es un medio jurídico con el que se excluye la ley extranjera originariamente competente para aplicar la ley del juez, siempre y cuando la ley extranjera se contradiga con las nociones prevalecientes en el Estado del juez. Mientras que el fraude se basa en la noción del motivo ilegítimo y como medio para excluir la ley extraneja, la que no fue nunca competente, sino que ha tenido una falsa competencia para evitar las normas imperativas en la ley competente en el conflicto, es decir, la ley del juez (575).

La noción del fraude es, en fin, un medio para proteger la soberanía de la ley del juez y se aplica cuando se comete el intento de fraude a la ley, mientras que no se puede hablar de la aplicación del orden público frente a la ley extranjera (576).

No obstante, algunos como Bartin pretenden decir que el fraude a la ley no es otra cosa que un simple aspecto del orden público (577).

#### Semejanza y diferencia en la doctrina de Yanguas:

El fraude a la ley y el orden público internacional, en cuanto ambos conceptos son excepciones al principio de comunidad entre los Estados, se diferencian en que la naturaleza del fraude admite la posibilidad jurídica, aun cuando de hecho no se produzca, de que su sanción se extienda a los infractores de normas imperativas de la ley del

---

(575) Véase: Izzeddin Abdallah, ob. cit. pág 491.

(576) Véase: Niboyet, Traité, ob. cit. T. III, nº 1080.

(577) Citado en Rubio, ob. cit. pág 232.

juez o de una ley extranjera, mientras que el orden público internacional sólo puede regir, por su peculiar naturaleza, en relación a lex fori.

Semejantes también ambas figuras en su actitud defensiva, frente a una pretendida importancia de situaciones jurídicas creadas en el extranjero, se diferencian en que la del orden público nació fuera, mientras que la del fraude arrancó desde dentro para, en una u otra forma, adquirir carta de naturalza extraneja, y con ese falso marchamo, repatriarse al verdadero lugar del origen.

Por último, semejantes los dos conceptos que comparamos en constituir violación indirecta de normas imperativas sustanciales de la lex fori, se diferencian en que el fraude ha de ir acompañado del "animus", mientras que el orden público no, por lo que un caso de fraude puede, al propio tiempo, serlo de orden público, pero no a la inversa, ya que le faltaría el elemento "intencional".

La relación entre la noción del orden público y la del fraude a la ley, en la doctrina de Niboyet:

Primero: El orden público, dice Niboyet, nos sirve para eliminar una regla extranjera, porque su contenido en Derecho es inconciliable con el orden público. Da como ejemplo primero el caso de un matrimonio extranjero que pide el reconocimiento en España de un hijo bastardo. La ley extranjera que admite esta acción, es inconciliable con el orden público español.

Un segundo ejemplo es el de un matrimonio belga que solicita el divorcio ante un tribunal español. Se le res--

ponderará que el divorcio no existe en España. La ley belga, que admite el divorcio, es inconciliable, por tanto, con el orden público español (578).

Hay en suma, defecto de comunidad jurídica entre estos Estados.

Segundo: En la opinión de Niboyet, cuando se trata del fraude a la ley, el caso es distinto. La ley extranjera en sí no quebranta en modo alguno el orden público de otro país.

En efecto, si se trata de belgas divorciados en Francia conforme a la ley belga, pueden invocar su derecho en España, pues esto no quebranta el orden público español, pero el caso será muy distinto si esta ley belga se aplica a españoles que normalmente debieran haber continuado sometidos a la ley española.

Lo que en este caso es inconciliable con el orden público no puede ser, en Derecho, la ley belga en sí, sino el hecho de que se la aplique a españoles que la han invocado fraudulentamente.

Si se aplicase a verdaderos belgas, e incluso a españoles sinceramente naturalizados el caso sería distinto.

Para el jurista francés, los aspectos del orden público no serían más que dos:

---

(578) Cuando no existía el divorcio en España.



Primero: El aspecto jurídico

En derecho, la ley extranjera es inconciliable con el orden público.

Segundo: El aspecto de hecho

En ciertos casos conocidos, que no pueden ser determinados de antemano, la aplicación de la ley extranjera es inconciliable con el orden público (579).

La exclusión de la ley extranjera en ambos casos:

La exclusión de la ley extranjera en nombre del orden público se basa en la contradicción del contenido de esta ley con las bases esenciales en el Estado del juez, mientras que la exclusión de la ley extranjera, en base al fraude a la ley, se debe al elemento personalista del motivo del uso de las normas del conflicto (punto de conexión).

Suponiendo que, por ejemplo, la ley del juez prohíba el divorcio y uno de los cónyuges adquiriera nacionalidad extranjera donde la ley eprmita el divorcio, no se puede afirmar que la nacionalidad fue tomada con el propósito de conseguir el divorcio. El divorcio, entonces, se considera contrario al orden público, mientras que si la nacionalización fue seria y el marido consiguió divorciarse, el divorcio no está en contradicción con el orden público, porque si fuera contrario al orden público lo sería en ambos ca-

---

(579) Véase: Niboyet, Principios, Trad. española, ob. cit. pág 442 y sigs.

sos de igual manera sin atender al elemento intencional -  
(580).

Se debe reconocer una naturaleza propia a la teoría del fraude a la ley:

Según algunos (581) la noción del fraude a la ley debe tener una existencia independiente. De acuerdo con esta opinión el fraude no se puede entender dentro del estrecho marco de la teoría del abuso del derecho, ni tampoco relacionarlo con la noción del orden público, sino que según esta corriente de opinión, el fraude es una aplicación de un principio general, el principio de "Fraus omnia corrumpit": el fraude vicia todo. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que la aplicación de este principio no se limita al Derecho internacional privado, sino que se extiende a la totalidad de las ramas del Derecho.

Conforme a esta hipótesis, el fraude no se limita a su aplicación a los temas relacionados con los actos jurídicos referentes al divorcio, a la separación conyugal, etc., sino que la órbita de su aplicación se extiende a todo cambio en las reglas del conflicto, siempre que tienda a realizar un objetivo ilegítimo como eludir las normas de la ley aplicable, sea nacional o extranjera (582).

Yanguas señaló muy acertadamente al respecto: "Ninguna tacha de fraude recae sobre aquellas actividades que se mantengan dentro de la zona en que la autonomía de la vo--

---

(580) Véase: M. Kamal Fahmy, ob. cit. pág 417 y sigs.

(581) Véase: Husahm Ali Saidg, ob. cit. pág 361.

(582) Véase: Jaber Jad, ob. cit. pág 187.

luntad puede libremente moverse; el fraude aparece allí - donde la autonomía termina y la obligatoriedad de la ley - comienza". No hay, por tanto, contradicción, sino delimitación (que el fraude no respeta) entre los conceptos de libertad de las partes y autoridad de la ley (583).

#### Los efectos jurídicos del fraude a la ley:

##### Concepto:

Decíamos que el fraude supone el uso del cambio en - la relación jurídica de manera que se cambie la ley aplicable para llegar a una finalidad ilegítima, evitando así la aplicación de las normas imperativas de la ley originariamente aplicable.

El legislador nacional, al dictar las normas imperativas, pretende siempre eliminar los fraudes a la ley en - su legislación interna. Y esta tarea constituye uno de los puntos más importantes de la política legislativa de cada Estado.

Precisamente por ello, la prevención y la sanción - del fraude, por su naturaleza, no forman parte de una teoría general, y su concreta ceterminación corresponde a los diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

La doctrina utiliza varias expresiones para expresar los efectos del fraude y la teoría de su prevención. Aguilar Navarro señala varias expresiones utilizadas: "neutra-

---

(583) Véase: Yanguas, ob. cit. pág 377.

lizar el resultado"; Niboyet: "medida de defensa"; Castro: "nulidad de conexión"; Batiffol: "no reconocimiento"; Verplaetse: "imposibilidad"; Graulich, Maridakis, Sánchez, - Apellániz, etc... (584). Ahora bien, ¿cuál es el efecto ju rídico del fraude? o en otras palabras, ¿cuál será la sanción del mismo?.

El problema se plantea cuando, para impedir o desbaratar el fraude, es necesaria la anulación de todos y cada uno de los actos que constituyen la trama del artificio - ideado y puesto en práctica por el contraventor fraudulento.

A este respecto, existen dos conjeturas:

- Para sancionar el fraude ¿será preciso negar validez legal al medio utilizado, o no reconocer el fin que ar tificialmente se logró?. En otros términos, ¿negar validez al punto de conexión (por ejemplo, el cambio de nacionalidad) que sirve de base para trasplantar artificialmente al campo del Derecho internacional privado lo que en realidad es una relación de Derecho interno?.

- ¿O negar reconocimiento de efectos legales al acto realizado o a la sentencia obtenida en el extranejo, como remate de la maquinación con que el autor del fraude persi gue burlar un precepto imperativo de la ley a que está sujeto?.

52°

## CONCLUSIONES

### CONCLUSIONES

Al llegar al final de nuestro trabajo, nos vemos obligados a resumir lisa y escuetamente el enorme cúmulo de puntos, criterios y análisis, convergentes en ocasiones, y en ocasiones dispares, que sobre la comparación de los distintos ordenamientos jurídicos hemos expuesto en la materia de "Conflictos de Competencia Jurisdiccional del Derecho Extranjero Aplicable".

Como punto de partida, nos hemos preguntado: Cuando - un Tribunal aplica el Derecho extranjero, ¿lo aplica como - tal?, ¿o como parte de su propio Derecho?, ¿o, finalmente, como un simple hecho? Consecuencia ineludible de esta premisa es que el Derecho extranjero declarado idóneo para regular el caso puede y, en rigor jurídico debe, ser aplicado - de oficio si las partes no lo invocan.

Las enormes dificultades que en la práctica plantea - el conocimiento del Derecho extranjero han obligado a considerar el mismo como un simple hecho. No podemos negar que - se trata de una deficiencia, y no pequeña, en la vida jurídica internacional, pero lo cierto es que los Tribunales - mantienen la consideración del Derecho extranjero como un - simple hecho y no aceptan la anulación de las resoluciones judiciales por infracción del mismo.

Pues bien, tal aplicación comprende tres momentos procesales:

a) La determinación del Derecho extranjero al que la norma de Derecho internacional privado remite; b) la indagación del texto aplicable, dentro del total ordenamiento - jurídico extranjero llamado a regir el caso, y c) la inter-

pretación de su contenido y alcance. Todo lo cual se establece en la esfera de los principios, aún cuando las partes no hubiesen alegado el Derecho aplicable o incurrido en error al señalar o interpretar el precepto.

Esta es la doctrina dominante entre los autores. La jurisprudencia, por el contrario, se inclina en la mayoría de los Estados a aplicar el Derecho interno, aunque no corresponda hacerlo, según las normas del conflicto del propio juez, si las partes han silenciado la procedencia de aplicar un Derecho extranjero.

El planteamiento procesal de nuestra disciplina, aparte de su interés doctrinal, tiene gran trascendencia práctica y forense, que nos brinda, por lo tanto, tres consecuencias procesales al considerar el Derecho extranjero como un hecho y no como un derecho.

1ª. La necesidad de alegación y prueba aducida por las partes, para que el juez pueda aplicar el Derecho extranjero; 2ª. La consiguiente limitación de esta fase del proceso a la primera y, excepcionalmente, a la segunda instancia; 3ª. La improcedencia del recurso de casación por infracción de ley.

Sin embargo el problema es de una dificultad considerable, ya que el valor asignado a las decisiones judiciales varía de un país a otro. La importancia de nuestra disciplina es indudable, puesto que uno de los peligros más serios de los varios que acechan al estudioso del Derecho es el de ignorar o subestimar los efectos de una sentencia o atribuir a la misma una mayor autoridad de la que en realidad tiene.

La función del juez resulta, pues, esencial en este orden de cosas, ya que en muchos casos de su decisión (tra

tándose del juez interno) dependerá que la norma extranjera tenga o no fuerza de ley. Es verdad también, sin embargo, que en un mundo en el cual las fronteras de las relaciones humanas se van ampliando progresivamente, la sensibilidad hacia las cuestiones de carácter internacional se va acentuando también correspondientemente.

Estas dificultades a las que el juez se enfrenta, - coinciden, en cuanto a su causa, con aquellas que obstaculizan la subordinación del orden jurídico interno al internacional. Asimismo, se añade la resistencia de los Estados a ceder sus prerrogativas soberanas - causa última, como - se ha dicho, de las dificultades aludidas - que se hace patente en el mantenimiento de la aplicación de la LEX FORI.

De ahí que nuestro estudio haya seguido una perspectiva diferente. No hemos tratado de hacer un análisis del procedimiento en sí. Nuestra pretensión ha sido señalar los criterios de valoración del contenido del Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto. Es decir, el análisis de las cuestiones de procedimiento - nos sirve de medio indicativo, no de objetivo propiamente dicho.

Con tal propósito, hemos afirmado que el juez, cuando no conozca la ley extranjera que deba aplicarse a la relación sometida a su juicio, tiene el poder-deber de imponer a las partes que le provean, con todos los medios aptos para ese fin, del contenido de la mencionada ley, y no puede, aduciendo la ignorancia de ella, regular la relación según su ley nacional, y menos todavía, negarse a proveer sobre dicha relación.

Esta necesidad debe ser determinada por el papel que desempeña el órgano jurisdiccional en la consecución de - aquellos fines. Sólo así, los resultados prácticos, a nues



tro modo de entender, podrán responder a una exigencia fundamental de la época contemporánea, de reconocer, lo más liberalmente posible, los valores jurídicos extranjeros, poniéndolos en el mismo plano que los nacionales.

Han de tomarse en cuenta, además, las facilidades cada vez mayores que, incluso en virtud del gran proceso de los estudios comparativos, se ofrecen a los jueces nacionales en la indagación y correcta interpretación del Derecho extranjero.

Por último comportan una superación de la oscilante, incierta y precaria posición que había llegado a ser característica de la jurisprudencia occidental después de que ésta, apartándose de la rígida y ya insostenible concepción del Derecho extranjero como puro elemento de hecho, había afirmado el poder pero no también el deber del juez de desplegar las propias investigaciones y utilizar sus propios conocimientos personales en la verificación del Derecho extranjero: que era un modo tal vez acomodaticio, pero hoy ya no justificable, de remitir al arbitrio o a la pereza del juez la suerte de los Derechos adquiridos por las partes.

Pero, además, el enfoque del tema, desde estas perspectivas que hemos subrayado tiene, a nuestro entender, otra ventaja y es la de posibilitar un posterior estudio más realista de la teoría de la búsqueda del contenido del Derecho extranjero aplicable.

No es pues, sólo el análisis y exposición de la jurisprudencia, con una mayor o menos crítica doctrinal, sino que ambas cosas puedan dar pie a soluciones prácticas y planteamientos teóricos, con nuevos horizontes.

Como conclusión general, quisiéramos insistir en los siguientes puntos:

. Es de pura necesidad, asegurar la eficacia de las normas de conflicto y actualizar los métodos de aplicación del Derecho extranjero en el Estado.

. La clave central para poder resolver adecuadamente los problemas señalados, está en superar la defectuosa organización de medios adecuados de "información" del conocimiento del Derecho extranjero y, asimismo, en la "formación", digamos no suficientemente especializada, de los criterios y técnicas propias de la ciencia del Derecho internacional privado, de quienes desempeñan la función judicial.

Ya que la aplicación de la ley extranjera supone, además de dominar los criterios del propio Derecho material interno y el conocimiento del contenido del Derecho extranjero conectado, estar familiarizado con la problemática doctrinal del Derecho internacional privado, que supone una visión más amplia del enfoque de los problemas concretos planteados y unos criterios especializados en la técnica de aplicación del Derecho extranjero, en función de la naturaleza del conflicto de leyes.

. Es una idea comunmente aceptada por la doctrina contemporánea que el juez debe esforzarse en la búsqueda del conocimiento del Derecho extranjero y que puede utilizar, por tanto, sus propios conocimientos en tal sentido. Todos estos medios, como también los dictámenes clásicos en la jurisprudencia en los países del Continente y los expertos en la anglosajona, facilitan la suma de conocimientos del contenido del Derecho extranjero.

Pero esta "información" va a parar a un juez no espe

cializado en las técnicas de la ciencia, cada vez más compleja, del Derecho internacional privado y no necesariamente familiarizado con el estudio del Derecho comparado, que está, por otra parte, sobrecargado por el estudio de su propio Derecho.

. En el conocimiento y aplicación del ordenamiento jurídico interno, dada la complejidad de disposiciones y las características peculiares de la técnica de la vida moderna, se impone, cada vez más, una especialización por materias; aún es más indudable la conveniencia de que el juez que tenga que aplicar el Derecho extranjero tenga una formación especializada, con una visión amplia, que le permita salirse del encasillamiento que produce, en mayor o menor grado, el cotidiano ejercicio práctico de la aplicación de criterios sistemáticos en una estructura lógica jurídica unitaria y específica, característica de cada ordenamiento jurídico positivo, para una comprensión amplia de la coordinación intersistemática y la armonía internacional de los múltiples intereses en juego, que presupone el tráfico externo, la seguridad del comercio internacional y la justicia material del resultado.

. Si es cierto que desde una visión estatista el resultado de la ley extranjera lleva a la inconsecuente lógica de que no es exactamente ni Derecho extranjero, ni Derecho del juez, este aparante contrasentido es, paradójicamente si se quiere, la solución más concorde con la naturaleza del tráfico externo.

Los enfoques doctrinales actuales, que parten de la resolución de conflictos de intereses, de la armonía intersistemática, etc., deben llegar consecuentemente a este resultado. Se ha de dar, por tanto, una gran flexibilidad a la debida aplicación de la norma de conflicto. Toda la doctrina actual, relativa al problema de las calificaciones, va por esta orientación, en dos sentidos:

. De un lado, las organizaciones internacionales pueden impulsar la elaboración de convenciones internacionales sobre procedimiento de aplicación del Derecho extranjero. De hecho, la doctrina ha insistido en ello y se dan - parciales realizaciones, pero actualmente la intervención de los organismos internacionales es más eficaz en la tarea de documentación e información de Derecho comparado, e incluso de medios de intercomunicación entre Tribunales, autoridades u organismos judiciales, sustituyendo la clásica - vía diplomática.

. De otro lado, la información directa entre autoridades judiciales en la específica materia de aplicación - del Derecho extranjero, ha sido repelida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, porque se parte siempre de los atributos intocables de la soberanía estatal que sufrirá menoscabo con la mera consulta a una jurisdicción dependiente de otra soberanía; lo cual apoya la tesis de que a través de la intervención de organizaciones internacionales de cooperación se limarían muchas de tales asperezas. Estas informaciones podrían reemplazar con ventaja los medios de conocimiento actuales, de dictámenes de expertos e incluso, de dictámenes de letrados en ejercicio del Estado del Derecho conectado, presentados por las partes interesadas.

. Pero además de estas dos tareas, de facilitar documentación comparada e información concreta entre autoridades, existe una tercera que consiste en institucionalizar los contactos y cotejar los puntos de vista. Esta función coordinadora podría realizarse, bien a través de una oficina internacional de documentación e información de Derecho comparado, o a través de la coordinación entre oficinas informativas localizadas en organismos estatales.

. Esperamos por último, que nuestra Facultad de Dere

cho en la Universidad Complutense de Madrid, tome la iniciativa de crear un Instituto de Derecho Extranjero Comparado como vía práctica de cooperación internacional y que posiblemente esta vía encuentre menos obstáculos y tenga más repercusión práctica en el campo puramente doctrinal y en la elaboración normativa convencional.

. Para concluir, diremos que el espíritu con el que se abordan los problemas de Derecho es más importante que la técnica utilizada para su resolución, y que no se protegen útilmente las relaciones internacionales más que cuando los magistrados que ejercitan la función sancionadora tienen un espíritu internacional. A estos jueces, de quienes depende la realización del Derecho internacional privado, en cuanto éste en gran medida es creación jurisprudencial, que no llegaría nunca a constituir este Derecho verdaderamente internacional, esencial a las relaciones privadas, sí debemos confiar en la lenta evolución de una jurisprudencia establecida por los magistrados.

-----

523

B I B L I O G R A F I A

### B I B L I O G R A F I A

Seguidamente insertamos un índice bibliográfico de los autores y publicaciones periódicas que han tratado o aludido el problema.

Como fácilmente se verá, hemos incluido por orden alfabético autores de muy diversas materias, y asimismo obras de orientación varia, siendo algunas de mérito básico y otras de carácter meramente divulgativo. Y aún cuando nuestro deseo ha sido evitar omisiones de obras de capital importancia, nuestra referencia, como ya advertimos oportunamente, no puede ser exhaustiva ya que no siempre resulta fácil obtener en cada caso información bibliográfica al día sobre una cuestión tan comentada y discutida constantemente.

BIBLIOGRAFIA EN ESPAÑOL:

- 1 AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. Vol. I, t. II, Madrid, 1975.
- 2 AGUILAR NAVARRO, Mariano. Orden Público en el Derecho Internacional Privado. REDI, 1963.
- 3 ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil I, Vol. I, 4ª Ed., 1975.
- 4 ALMAGRO NOSETE, José. Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la Nueva Constitución, en la obra colectiva "Lecturas sobre la Constitución Española", t. I, 2ª Ed. Madrid, 1979.
- 5 ALMAGRO NOSETE, José. Justicia Constitucional. Madrid, - 1980.
- 6 ALZAGA, Oscar. La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático), Madrid, 1978.
- 7 ANGULO RODRIGUEZ, Miguel de. Lecciones de Derecho Procesal Internacional, Granada, 1974.
- 8 ARAGONES, P.I. Proceso y Derecho Procesal. Madrid, 1960.
- 9 CALAMANDREI, Piero. Corte Constitucional y Autoridad Jurídica. Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962.
- 10 CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, t.I, 1961.
- 11 CAPPELLETTI, Mauro. El Valor de las Sentencias y de las Normas Extranjeras en el Proceso Civil. Buenos Aires, 1968.
- 12 CARRILLO SALCEDO. Derecho Internacional Privado, Madrid, 2ª Ed., 1976.



- 13 CORRIENTE CORDOBA, José A. La Excepción de Orden Público Internacional Privado Español. Anuario de Derecho Internacional, II, 1975.
- 14 CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Derecho Procesal Civil Internacional, Madrid, 1981.
- 15 DANZ, E. La Interpretación de los Negocios Jurídicos. Trad. española por Francisco Bonet Ramón., 3ª Ed., Madrid, 1955.
- 16 DORAL, J.A. La Noción de Orden Público en el Derecho Civil Español. Pamplona, 1967 (monografía).
- 17 DOVE, E. Derecho Internacional, Barcelona, 1947.
- 18 FIX ZAMUDIO, Hector. La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales. Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- 19 FIX ZAMUDIO, Hector. Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos, México, 1980.
- 20 GALINDEZ. Principales Conflictos de Leyes en América. Buenos Aires, 1945.
- 21 GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución. - Madrid, 1980.
- 22 GOLDSCHMIDT. Los Puntos de Conexión. Formación Jurídica, 1946.
- 23 GOLDSCHMIDT. Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, 1952, 2ª Ed.
- 24 GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Lecciones de Derecho Internacional Privado. U.A.M.
- 25 GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Lecciones de Derecho Procesal - Civil Internacional. 2ª Ed., Bilbao, 1981.

- 26 GONZALEZ-DELEITO, Nicolás. La Justicia Constitucional. - Apuntes del Curso de Doctorado. Universidad Complutense - de Madrid, 1979/80.
- 27 GONZALEZ-DELEITO, Nicolás. Tribunales Constitucionales, - Organización y Funcionamiento. Madrid, 1980.
- 28 GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho Procesal Cosntitucional. - Madrid, 1981.
- 29 GANT, J.A.C. El Control Jurisdiccional de la Constitucio-  
nalidad de las Leyes. México, 1963.
- 30 GUASP, H. Derecho Procesal Civil. 2ª Ed. Madrid, 1961.
- 31 GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo. Tratamiento Procesal del  
Derecho Extranjero en el Título Preliminar al Código Ci-  
vil. Anuario de Derecho Internacional, II, 1975.
- 32 GUTTERIDGE, H.C. El Derecho Comparado. Trad. española de  
Enrique Jordi, Barcelona, 1954.
- 33 HERRERO RUBIO, Alejandro. Derecho Internacional Privado,  
II, Valladolid, 4ª Ed., 1980.
- 34 IGLESIAS BUIGUES, José Luis. Competencia Judicial, Recono-  
cimiento y Ejecución de Deciciones Judiciales en la C.E.E.  
y en Derecho Español. Madrid, 1977.
- 35 LASALA LLANAS, Manuel de. Sistema Español de Derecho Ci-  
vil Internacional e Interregional. Madrid, 1933.
- 36 MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho Internacional Privado. Ma--  
drid, 3ª Ed. T. II, 1963.
- 37 MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho Internacional Privado, t.I,  
6ª Ed., Madrid, 1972.
- 38 MIAJA DE LA MUELA, A. Sobre los Principios Rectores de las  
Reglas de Competencia Territorial. REDI, 1968.

- 39 MINOS MACHADO, Santiago. El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española. Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- 40 MORELLI. Derecho Procesal Civil Internacional. Buenos Aires, 1953.
- 41 ORBANEJA, E.G. - HARCE QUEMADA, V. Derecho Procesal. Madrid, 1946, Vol I.
- 42 OYEBTE EGUDIM, H. Derecho Internacional Privado Español. Doctrina Legal del Tribunal Supremo, Barcelona, 1981.
- 43 ORVE Y ARREGUI, José Ramón de. Manual de Derecho Internacional Privado. 3ª Ed., Madrid, 1952.
- 44 PASTOR RIDRUEJO, J.A. Lecciones de Derecho Internacional Público, I. Madrid, 1981.
- 45 PECOURT GARCIA, E. Fuero de Extranjero. Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Universidad de Oviedo, T. II, 1975.
- 46 PECOURT GARCIA, E. Las Normas de Competencia Judicial Internacional en el Derecho español. Anuario de Derecho Internacional, Vol II.
- 47 PECOURT GARCIA, E. La Voluntad de las Partes y su posible Virtualidad en la Determinación de la Competencia Judicial Internacional. REDE, XVII, nº 1.
- 48 PECOURT GARCIA, E. Problemática de la Cuestión Preliminar en Derecho Internacional Privado. Revista de Derecho Español y Americano, Año XI, II época, Madrid, 1966, Octubre-Diciembre.
- 49 PLAZA, M. Derecho Procesal Civil Español, Vol. I, Madrid, 1942.
- 50 PRIETO CASTRO, L. Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ed. Aranzadi, Madrid, 1969.

- 51 PUENTE EGIDO, José. Comentarios sobre una Sentencia del - Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana. Anuario de Derecho Internacional, II, 1975.
- 52 PUENTE EGIDO, José. Derecho Internacional Privado Español: Doctrina Legal del Tribunal Supremo. barcelona, 1981.
- 53 QUINTIN, Alfonsín. Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo, Uruguay, 1955.
- 54 RUBIO LLORENTE, Francisco, ARAGON REYES, Manuel, PREDIERI, Alberto y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución Española de 1978. Madrid.
- 55 SANCHEZ AGESTA, Luis. Curso de Derecho Constitucional Comparado. 6ª Ed., Madrid, 1976.
- 56 SANTA PINTER, José Julio. Sistema del Derecho Anglosajón. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- 57 SENTIS MELENDO. El Juez y el Derecho. Buenos Aires, EJEA, 1957.
- 58 TUNC, A y TUNC, S. El Derecho de los Estados Unidos de América. México, 1957.
- 59 VEGA, Pedro de. Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución, Revista de ESTudios Políticos, nº 7, Madrid, Enero-Febrero, 1979.
- 60 VILLARROYA, Joaquín Tomás. El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución, en el volumen colectivo "Estudios sobre el Proyecto de Constitución". Madrid, 1978.
- 61 WOLFF, M. Derecho Internacional Privado. Trad. de Marín López, Barcelona, 1958.
- 62 YANGUAS MESSIA, José de. Derecho Internacional Privado. 3ª Ed., Madrid, 1971.

BIBLIOGRAFIA EN FRANCES:

- 63 AGO, Recueil, t. 58.
- 64 ARMINJON. La Notion de Droits Acquis en Droit International Privé. Le Hague, REcup. 1933.
- 65 ARMINJON. Précis de Droit International Privé. 3em Ed. - t.I, Paris, 1947.
- 66 AUBRY ET RAU. Cours de Droit Civil, Tome VIII. 4eme Ed. - Paris, 1878.
- 67 AUBRY ET RAU. Droit Civil Français. 6eme Ed. Paris, 1958.
- 68 BARTIN. De l'Impossibilité d'arriver á la Suppression définitive des Conflicts de Lois. Journal de Droit International Privé, 1897.
- 69 BARTIN. Principes de Droit International Privé, Tome I. - Paris, 1930.
- 70 BARTIN. R. Belge, 1897.
- 71 BATIFFOL. Aspects Philosophiques du Droit International Privé. Paris, 1955.
- 72 BATIFFOL. Traité Elementaire de Droit International Privé. Paris, 1959.
- 73 BELLET. Note sus Avernès -sur- Helpes. Rev. Crit. 1965.
- 74 BISCHOFF. La Cométence du Droit Français dans le Règlement des Conflicts de Lois. Thèse, Strasbourg, 1957. Paris, 1959.
- 75 BOUQUEL. De l'Office du juge en Matière d'Application de Lois Etrangère. Thèse, Nancy, 1923.

- 76 BURDEAU, Georges. Droit Constitutionnel et Institutions - Politiques, 18em Ed. Paris, 1977.
- 77 CARBONNIER. Droit Civil, Tome I, Paris, 1964.
- 78 CARBONNIER. Loi Strangère et Jurisprudence Etrangère. Clu  
net, 1935.
- 79 CHEVALLIER, J. La Charge de la Preuve. Cours de Droit Ci-  
vil Approfondie Cours de Doctorat, Paris, 1958/59.
- 80 CHRETIEN. Les Règles de Droit d'Origine Jurisdictionnelle.  
Thèse, Lille, 1936.
- 81 CUCHE ET VINCENT. Précis de Procedure Civil. 13eme Ed. Da  
lloz, 1963.
- 82 CYRILLE, David. La Loi Etrangère devant le Juge du Fond.  
Thèse, Paris, 1965.
- 83 DAVID, René. Traité Elémentaire de Droit Comparé. Paris,  
2950.
- 84 DAVID, René. Informe presentado al Ministro de Justicia y  
al Ministro de Educación y Ciencia. Revue International -  
de Droit Comparé. 1963.
- 85 DEJARDINS, Clunet, 1893.
- 86 DESIRY. Le Role du Juge dans le Déroulement de l'Instance  
Civile. Dalloz, 1956.
- 87 DOLE. De Application du Droit Etrangère par le Juge Inter  
natinal. Rev. Crit. 1955.
- 88 DONNER. Le Juge National et le Droit Communautaire. Leiden  
Bruxelles, 1966.
- 89 DUGUIT, Leon. Manuel de Droit Constitutionnel. Paris, 1918.

- 90 DUGUIT, Leon. Traité de Droit Constitutionnel. t. II, -  
Paris, 1923.
- 91 FRAGISTAS. La Compétence International en Droit Privé. -  
Recueil de Cour, T. 104, Vol. III, 1961.
- 92 FRANCESCAKIS. La Reconnaissance et l'Exécution des Juge--  
ment Etrangères: le Droit International Privé de la Fami-  
lle en France et en Allemagne. Paris, 1954.
- 93 GENY. Méthode d'Interprétation et sources en Droit Privé  
Positif. T. I et II, 2eme Ed. Paris, 1954.
- 94 GILLI. La Causa Juridique de la Demande en Justice. Thèse  
Paris, 1962.
- 95 GIULIANO. Le Traitement du Droit Etrangère dans le Procès  
Civil dans les Systemes Juridiques Continentaux. Rev. Int.  
de Dr. Comparé, n° 1, 1962.
- 96 GLASSON, TISSIER ET MOREL. Traité de Procedure Civile, -  
t. II. 2eme Ed., Paris, 1926.
- 97 GOLDMAN. Clunet, 1963.
- 98 GOLDSCHMIDT. Système et Philosophie du Droit International  
Privé. Rev. Crit. 1955.
- 99 GONZALEZ CAMPOS. Les Liens entre la Compétence Judiciaire  
et la Competence Legislative en Droit International Privé.  
Rec. des Cours, Vol. II, 1976.
- 100 GRAULICH. Principes de Droit International Privé. Paris,  
1916.
- 101 GUTTERIDGE. Le Droit Comparé. Paris. 1953.
- 102 GUTTERIDGE. Le Conflict des Lois de Compétence Judiciaire  
dans les Actions Personnelles. Recueil des Cours, T. III,  
Vol. 44, 1933.

- 103 HAURIOU. Police Juridique et Fond du Droit. Revue Trimestrelle de Droit Civil. 1926.
- 104 HOLLEAUX. La Condition de la Loi Etrangère en Droit Internationale Privé. Paris, 1948-1952.
- 105 HUET. Les Conflicts de Lois en Matière de Preuve. Thèse, Paris. Dalloz, 1965.
- 106 JEANPETRE. Les Conflicts de Lois en Matière d'Obligations Contractuelles selon la Jurisprudence et la Doctrine aux Etas-Unis. Lyon, 1936.
- 107 KOVAR. Chronique de la Jurisprudence. Journal Clunet, 1965.
- 108 LAGRDE. Les Interpretations Divergents d'une Loi Uniforme, donnent-elles lien à un Conflict de Loi? Rev. Crit., 1964.
- 109 LAMBERT, PIC ET GARRAND. Les Sources et l'Interpretation de la Legislation du Travail en France. Revue Internationale du Travail, t. XIV, 1926.
- 110 LAURENT. Droit Civil International. Bruxelles, Paris, - 1880-1882.
- 111 LEGEAIS. Les Régles des Preuves en Droit Civil. Thèse, - Paris, 1955.
- 112 LEREBOURS, PIGEONNIERE ET LOUSSOUARN. Précis de Droit International Privé. Dalloz, 8eme Ed., 1962.
- 113 LESSONA. La Preuve de Lois Etrangère. Revue de Droit International et de Legislation Comparé. 1895.
- 114 LEWALD, H. Le Contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des Lois Etrangères. 1936.
- 115 LEWALD. Recueil, t.69.
- 116 LEWALD. R. Darras, 1928.



- 117 LEWALD. Règles Generales des Conflicts de Lois. Basel, - 1941.
- 118 LOUSSOUARN. Le Control Pour la Cour de Cassation de l'Ap-  
plication des Lois Etrangères. Travaux du Comité Français  
de Droit International (1962-64).
- 119 MARTY. La Distintión du Fait et du Droit. Thèse, Paris, -  
1929.
- 120 MARTY ET RAYNAUD. Droit Civil, t. 7. Paris, 1961.
- 121 MARTY ET RAYNAUD. Traité de Droit Civil. Paris, 1961.
- 122 MAURY, J. L'Eviction de la Lois Normalement Compétente: -  
l'Ordre Public International et la Fraude a la Loi. Uni--  
versidad de Valladolid, 1952.
- 123 MAURY, M. La Condition de la Loi Etrangère en Droit Fran-  
çais. Comité Français de Droit International Privé. Paris,  
1953.
- 124 MAURY, M. R. Darras, 1954.
- 125 MAURY, M. Observations sur la Jurisprudence en tant que -  
Source du Droit en Etude Ripert, Tome I. Paris, 1950.
- 126 MAURY, M. Régles Générales de Conflicts de Lois. Recueil  
de Cours de l'Academie de Droit International, III, 1036.
- 127 MICARD. Le Role du Juge dans l'application des Lois Etran-  
gères. Thèse, Paris, 1907
- 128 MOREL. Traité Elementaire de Procedure Civile, 2eme Ed.,  
Paris, 1949.
- 129 MOTULSKY. La Cause de la Demande dans la d'Elimination de  
l'Office de Juge. Dalloz, 1964.
- 130 MOTULSKY. Le Role Respectif du Juge et des Parties dans -  
les Allegation des Fait. Paris, 1959.

- 131 MOTULSKY. L'Evolution Récente de la Condition de la Loi Etrangère en France. Mélanges Savatier, Paris, 1965.
- 132 MOTULSKY. L'Office du Juge et la Loi Etrangère. Paris, - 1960, Dalloz et Sirey.
- 133 NERI. Le Juge Italien et le Droit Communautaire en "Le - Juge National et le Droit Communautaire". Leiden - Bruxelles, 1966.
- 134 NIBOYET. Manuel de Droit International Privé. 2eme Ed., - 1928.
- 135 NIBOYET, Qu'est-ce que la Loi Etrangère aux Yeux des Juges d'un Pays Déterminé?. Revue de Droit International - et de Législation Comparé, 1928, n° 6.
- 1136 NIBOYET. Traité de Droit International Privé. Paris, 1944.
- 1137 NORMAND. Le Juge et le Litige. Thèse, Lille, Paris, 1965.
- 1138 PILLET. Principes du Droit International Privé. t.I, Paris, 1903.
- 1139 PISSARD. Preuves des Costumes. Paris, 1910.
- 1140 PLANIOL. Traité Elémentaire de Droit Civil. t.I, 12eme Ed. 1932.
- 1141 PLANIOL ET RIPERT. Traité Pratique de Droit Français, t.7. 2eme Ed. Paris 1954.
- 1142 RIPERT ET BOULANGER. Traité de Droit Civil, Tome I, Paris, 1956.
- 1143 RUBIER. Theorie Générale du Droit. 2eme Ed., Paris, 1951.
- 1144 SALEILLE. Introduction à l'Etude du Droit Civil Allemand. 1904.

- 145 SALOME. Les Pouvoirs de Contrôle de la Cour de Cassation en Matière de Conflits de Lois. Thèse, Lille, 1938.
- 146 STALL. L'Application et l'Interpretation du Droit Interne par les Jurisdiction Internationales. Bruxelles, 1961.
- 147 TANAGO, Samir. De l'Obligation Judiciare.
- 148 VABRES. L'Evolution de la Jurisprudence Française en Matière de Conflicts de Lois. Thèse, Paris, 1905.
- 149 VALERY. Manuel de Droit International Privé. Paris, 1914.
- 150 VOUILLOZ. Le Role du Juge Civil á l'Egard du Droit Etrangère. Thèse, Fribourg, Suisse, 1964.
- 151 WEISS. Manuel de Droit International Privé. 9eme Ed., Paris, 1925.
- 152 WESTLAKE. La Doctrine Anglaise en Matière de Droit International Privé. Clunet, 1882.
- 153 YASSINE, Mustafa Kamel. Problèmes Relatif à l'Application du Droit Etrangère. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, t. II., 1962.
- 154 ZAJTAY, I. Contribution à l'Etude de la Condition de la Loi Etrangère en Droit International Privé Français. Paris, Pedone, 1958.
- 155 ZAJTAY, I. La Condition de la Loi Etrangère en Droit International Privé Français. Paris, 1958.

BIBLIOGRAFIA EN ITALIANO:

- 156 ANZILOTTI, D. Prova di leggi estere. Presunta Conformité con la "Lex Fori". Riv. Dir. Int.
- 157 ANZILOTTI, D. Studi di diritto Processuale Internazionale e di Filosofica del Diritto. Padova, Cedam.
- 158 CAPPELLETTI, M. La Testimonianza della Parte nel Sistema della Oralità. I. Milano, Giuffré, 1962.
- 159 CERETI, C. It Riuvio al Diritto Straniero. Provo, Conoscenza e Posizione della Legge Straniera Richimata. Riv. - Dir. Proc. Civ. parte II, 1936.
- 160 DURANTE, F. La Prova del Diritto Straniero Richamato dalle Norme di Diritto Internazionale Privato. Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativo, XXIX, 1953.
- 161 MICHELI, G.A. Jura Novit Curia. Riv. Di Dir. Proc., 1961.
- 162 MONACO. L'Efficacia delle Legge nello Spazio. Torino, - Utet, 1964.
- 163 PALAIA, Nicolás. L'Ordine Pubblico "Internazionale". Padova, 1974.
- 164 QUADRI, R. Lezioni di Diritto Internazionale Privato. Napoli, Liguori, 1961.
- 165 RAPISARDI MIRABELLI. L'Ordine Pubblico. Catania, 1908.
- 166 ROTONDI, Gli Atti in Frode alla Legge. Turin, 1911.
- 167 VENTURINI, G. Il Principio Jura Novit Curia e le Leggi Stranieri, Annali di Diritto Internazionale, 1951.

BIBLIOGRAFIA EN INGLES:

- 168 ALLEN. Law in the Making. 3rd. Ed.
- 169 AMOS. The Code Napoleon and the Modern World. Journal of C.L. 3rd. serie, T. X, 1928.
- 170 ANGEL. Case Law in France. Journal of C.L. (3rd. serie), Vol. XVI, 1934.
- 171 ARBOR, Ann. The Conflicts of Laws, IV. Univ. of Michigan Law School, 1958.
- 172 BEALE, J.H. Conflicts of Laws, III. 1935.
- 173 BEUREL. The Necessity of the New Technique of Interpreting the N.I.L. Tulane, R.L., t. VI.
- 174 CAPPELLETTI, M and PERILLO, J.M. Civil Procedure in Italy. The Hague, Nijhoff, 1955.
- 175 CAPPELLETTI, M and PERILLO, J.M. International Co-operation in Litigation: Italy, H. Smit.
- 176 CAPPELLETTI, M. and PERILLO, J.M. International Co-operation in Litigation: Europe. H. Smit.
- 177 CHECHIRE. Prive International Law. Oxford, 6th Ed.
- 178 COHN. Precedents in Continental Law. Cambridge, L.J. Vol. V, 1935.
- 179 DAVID, V. Taff Vale Railwail, Co. 1895.
- 180 DICEY. Conflicts of Laws. 3rd. Ed.
- 181 GOODHART. Place of the Case in the Common and Civil Law. Tulane, L.R., Vol. VIII.

- 182 GOODHART. Precedent in English and Continental Law. Law -  
Quarterly Review, Vol L.
- 183 GRAVESON, R.H. The Conflicts of Laws. London, Swets and  
Maxwell, 1960.
- 184 IRELAND. The Use of Decision by the United States Students  
of Civil Law. Tulane L.R., Vol. VIII.
- 185 JACOB, I.H. International Co-operation in Litigation: -  
England. H. Smit (Ed.).
- 186 JACOB, I.H. International Co-operation in Litigation: -  
Europe. The Hague, Nijhoff, 1965.
- 187 KARLEM, D. Appeals in England and the United States. The  
Law Quartely Review, 78, 1962.
- 188 LAMBERT, PIC AND GARRAND. The Sources and Interpretation  
of Labour Law in France. International Labour Review, t.  
XIV, 1926.
- 189 LAMBERT AND WASSERMAN. The case Method in Canada. Yale L.  
R., Vol. XXXIX.
- 190 LIPSTEIN. Doctrine of Precedent in Continental Law. Jour-  
nal of C.L. (erd serie), 1946.
- 191 OLLIVIER JALLU, M. Codification of Private International  
Law. Canadian Bar Review, Vol. XI, 1932.
- 192 PERRILLO, J.M. AND CAPPELLETTI, M. Civil Procedure in -  
Italy. The Hague, Nijhoff, 1965.
- 193 POUND. The Theory of Judicial Decision. Harvard L.R. Vol.  
XXXVI.
- 194 REGINA, V. Hertford College, 1878, 3 G.B.D.

- 195 SCHLESINGER, R.B. Comparative Law. 2nd Ed. The Foundation press, Brooklyn, 1959.
- 196 SCHUSTER. The Principles of German Civil Law. 1907.
- 197 SMITH, H. AND MILLER, A.R. The International Judicial Assistance in Civil Matters with Special Reference to the Relations Between Italy and the United States. American Report International Judicial Assistance Conference. Varese, August 26-29, 1961.
- 198 WOLFF. Private International Law. Oxford, 1945.

BIBLIOGRAFIA EN ARABE:

- 199 ABDEL-MONEIN EL-BEDRAWI. Principios del Derecho Civil Com-  
parado, 2ª Ed., El Cairo, 1970.
- 200 ABDELMONEIN EL-SHARGAWI. Derecho Procesal Civil y Mercan-  
til. El Cairo, 1950.
- 201 ABDELMONEIN EL-SHARGAWI. Compendio de Derecho Procesal Ci-  
vil y Mercantil. El Cairo, 1951.
- 202 ABDEL-MONEIN FARADJ ASSADAH. La Prueba en el Derecho Ci-  
vil. 2ª Ed., El Cairo, 1954.
- 203 ABDEL-RAZZAG EL-SANHOURI. Cometnarios al Nuevo Código Ci-  
vil de Egipto. T. II, El Cairo, 1956.
- 204 ABDEL-RAZZAG EL-SANHOURI. El-Wasit. 1956.
- 205 ABDUL-BASIT GUMEIE. El Sistema de la Prueba en el Derecho  
Civil Egipcio. El Cairo, 1955.
- 206 ABDULRAHMAN DJABER DJAD. Conflicto de Leyes, t.II. El -  
Cairo, 1956.
- 207 AHMED ABU-EL-WAFA. Derecho Procesal Civil. Alejandría, -  
3ª Ed., 1955.
- 208 AHMED ABU-EL-WAFA. Tratado de Derecho Procesal y Mercan-  
til. Alejandría, 12ª Ed., 1977.
- 209 HAMID ZAKI. El Derecho Internacional Privado en Egipto. -  
1ª Ed., 1936.
- 210 HUSHAM ALI SADIG. La Condición del Derecho Extranjero an-  
te la Jurisdicción Nacional. Alejandría, 1968.
- 211 HUSHAM ALI SADIG. Conflictos de Leyes. Alejandría, 3ª Ed.  
1974.



- 212 IZZADDIN ABADALLAH. El Derecho Internacional Privado Egipcio. T. III, 2ª Ed., El Cairo, 1955.
- 213 MOHAMMED ABDELMONEIN RIAD. Principios del Derecho Internacional Privado. 2ª Ed., El Cairo, 1933.
- 214 MOHAMMED KAMAL FAHMY. El Control del Tribunal Supremo sobre la Aplicación del Derecho Extranjero. Revista de Derecho y Economía, Sept. 1963.
- 215 MOHAMMED KAMAL FAHMY. Los Principios del Derecho Internacional Privado. Alejandría, 1955.
- 216 SHAMS EDDIN EL-WAKIL. Apuntes sobre el Derecho Internacional Privado.
- 217 SHAMS EDDIN EL-WAKIL. Curso de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho, Alejandría, 1961/62.
- 218 SHAMS EDDIN EL-WAKIL. Estudio Comparado en la Aprobación del Derecho Extranjero y el Control del Tribunal Supremo para su Interpretación. Alejandría, 1964.
- 219 SHAMS EDDIN EL-WAKIL. La Nacionalidad y Condición de los Extranjeros. 4ª Ed., Alejandría, 1960.
- 220 SHAMS EDDIN EL-WAKIL. La Teoría del Derecho. 1ª Ed., Alejandría, 1964.
- 221. SULEIMAN MORCOS. La Prueba. Alejandría, 1956.

